

Om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger gjennom samtale med arbeidssøker

Med hovedvekt på nødvendighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 9-3 (1)

Kandidatnummer: 339

Veileder: Katrine Rygh Monsen

Leveringsfrist: 25.04.06

Til sammen : 17.287 ord

27.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Skisse over oppgavens videre oppbygning	5
<u>2</u>	<u>METODE OG RETTSKILDER</u>	<u>5</u>
2.1	Rettslig bakgrunn for aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1)	5
2.1.1	Hjemmelsgrunnlag for kontrolltiltak	5
2.1.2	Forholdet til personvernretten	8
2.1.3	Forholdet mellom aml § 9-1 (1) og aml § 9-3 (1)	10
2.2	Rettskilder	11
2.2.1	Lov og forarbeider	11
2.2.2	Rettspraksis	12
2.2.3	Tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler	13
2.2.4	Internasjonal rett	14
2.2.5	Reelle hensyn – interesseavveininger	14
<u>3</u>	<u>ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å INNHENTE HELSEOPPLYSNINGER</u>	<u>15</u>
3.1	Presisering av begreper – arbeidstaker, arbeidsgiver og arbeidssøker	15
3.2	Grunnvilkår for kontrolltiltak i virksomheten – aml § 9-1 (1)	16
3.2.1	Kontrolltiltaket må være saklig begrunnet	17
3.2.2	Kontrolltiltaket må være forholdsmessig	19
3.3	Materielle vilkår for innhenting av helseopplysninger – aml § 9-3 (1)	21

3.3.1	Om hva som regnes som innhenting	22
3.3.2	Om hva som regnes som helseopplysninger	24
3.3.3	Adgang til å innhente nødvendige helseopplysninger	26
3.3.4	Eventuell motstrid mellom arbeidsmiljøloven § 9-3 (1) og § 9-1 (1)	50
3.4	Sammendrag	50
<u>4</u>	<u>KONTROLLMULIGHETER</u>	<u>52</u>
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>54</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Hver dag utfører arbeidsgivere intervjuer, innhenter referanser eller foretar andre former for kartlegging av personer som er aktuelle for en ny stilling i sin virksomhet. For både arbeidsgiver og arbeidssøker er det praktisk viktig å kjenne til grensene for hvilke opplysninger som kan innhentes og vektlegges i en ansettelsesprosess, og hvilke opplysninger en arbeidssøker har rett til å ha for seg selv.

Breisteinutvalget¹ la til grunn at åpen tilgang til helseopplysninger om arbeidssøkere lett kunne føre til en sortering, hvor de med redusert helse eller med funksjonshemming ble lukket vekk i ansettelsesprosessen. Myndighetene og partene i arbeidslivet har gjennom Intensjonsavtalen om et inkluderende arbeidsliv² gitt uttrykk for at det er uheldig og lite ønskelig at hele grupper gjennom en sortering kan bli stengt ute fra arbeidslivet.

Ved Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 har lovgiver i § 9-3 (1) vedtatt en ny bestemmelse som skal regulere arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelser. Loven trådte i kraft 01.01.06. Bestemmelsen er plassert i lovens kapittel 9 om Kontrolltiltak i virksomheten, og lyder :

¹ NOU 2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet omtales i oppgaven som *Breisteinutvalget*. Utvalgets mandat gikk opprinnelig ut på å kartlegge arbeidstakernes rettigheter ved biologisk prøvetaking i arbeidslivet. Etter en endring tolket utvalget mandatet til ”...å kartlegge rettsregler og praksis knyttet til innhenting og bruk av helseopplysninger i arbeidslivet, herunder spesielt spørsmål knyttet til helseundersøkelser og biologisk prøvetaking”. NOU 2001:4 s. 11.

² IA-avtalen er en gjensidig forpliktende avtale mellom myndighetene og partene i næringslivet (LO, NHO, YS, HSH, KS, AAD og Akademikerne), om å hindre utstøting og tidlig pensjonering i arbeidslivet. Avtalen ble fornyet 14.12.05 og gjelder for perioden 2006-2009. Om inkluderende arbeidsliv i NOU 2004:5 s. 110.

”§ 9-3. Innhenting av helseopplysninger ved ansettelse

- (1) Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter andre arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte.*
- (2) Departementet kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hvilke opplysninger som kan innhentes etter denne paragraf.”*

1.2 Problemstilling

Den overordnede problemstilling for oppgaven er i hvilken utstrekning arbeidsgiver³ har adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse av en ny arbeidstaker. Etter aml § 9-3 (1) har arbeidsgiver adgang til å innhente de helseopplysninger som er nødvendige for å utføre arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen. Nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1) står sentralt når arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger skal avgjøres. I oppgaven legges det vekt på å drøfte hvor grensene går for hvilke helseopplysninger som må regnes som nødvendige i de ulike tilfeller. Oppgaven vil også gi en oversikt over de øvrige vilkårene i bestemmelsen.

Problemstillingen i oppgaven legger opp til vurderinger hvor hensynet til arbeidsgivers behov for helseinformasjon må veies mot arbeidssøkerens behov for personvern, personlig integritet og for å verne om sensitiv informasjon om seg selv.⁴ Avveiningen mellom disse to motstridende hensyn står sentralt i oppgaven.

³ Det siktes til både offentlige og private arbeidsgivere. Etter aml § 1-8 (2) defineres arbeidsgiver som enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.

⁴ Om personvern og personlig integritet i punkt 2.1.2 og 2.2.5.

1.3 Avgrensninger

I oppgaven vil jeg konsentrere meg om den innhenting av helseopplysninger som skjer i samtalen mellom arbeidsgiver og arbeidssøker. Samtalen skjer enten i et ansettelsesintervju eller ved en annen muntlig konferanse om stillingen.⁵ Det redegjøres kort for noen andre måter arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger på i punkt 3.3.1. Utover dette avgrenses det mot andre innhentingsmetoder enn samtale/intervju med arbeidssøker. Det avgrenses også mot adgang til å hente inn helseopplysninger gjennom undersøkelser i forbindelse med sertifikater (helseattester) eller personlighetstester.⁶

Arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger med hjemmel i aml § 9-3 (1) innebærer innhenting av personopplysninger⁷. Personopplysninger skal behandles i tråd med de krav som følger av personopplysningsloven.⁸ I denne oppgaven er det de materielle vilkår for adgangen til å innhente helseopplysninger i henhold til aml § 9-3 (1) som skal drøftes, med vekt på nødvendighetsvilkåret. Spørsmål om hvordan helseopplysningene skal behandles etter at de er hentet inn i henhold til personopplysningsloven, faller således utenfor temaet her. Det avgrenses mot hvordan de innhentede helseopplysningene skal behandles etter personopplysningsloven. Forholdet til personvernlovgivningen vil imidlertid bli nærmere kommentert i punkt 2.1.2.

⁵ Intervjuet skjer ved personlig møte mellom partene, eller gjennom telefon. Det vanlige for samtalen er at arbeidsgiver stiller spørsmål som arbeidssøker skal svare på.

⁶ NOU 2001:4 s. 23 og NOU 2004:5 s. 425. I flere yrker stilles det krav om helseattest som bekrefter at arbeidstaker er helemessig skikket for de arbeidsoppgaver som inngår i stillingen. Dette kan være stillinger innen politi, brannvesen og sjøfart. Som ledd i ansettelsesprosesser er det også blitt mer vanlig at arbeidsgiver bruker personlighetstester ved ansettelse av ny arbeidstaker. Det er usikkert hvilke egenskaper slike tester er egnet til å avdekke.

⁷ Etter Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven) § 2 (1) defineres personopplysninger som opplysninger og vurderinger som direkte eller indirekte kan knyttes til en enkelt person.

⁸ Personopplysningsloven (popplyl) §§ 1 og 3.

Etter aml § 13-4 (1) kan arbeidsgiver ved ansettelse ikke etterspørre eller iverksette andre tiltak for å innhente opplysninger om arbeidssøkerens politiske holdninger, seksuelle orientering eller hvorvidt han er medlem av en arbeidstakerorganisasjon.⁹ Bestemmelsen innebærer en videreføring av prinsippene i den gamle arbeidsmiljøloven § 54D.¹⁰ Det er kun arbeidssøkerens helseforhold som reguleres av aml § 9-3 (1). Det avgrenses således mot de begrensninger som oppstilles i aml § 13-4, da denne bestemmelsen tar for seg innhenting av andre typer opplysninger enn helseopplysninger.

Det avgrenses mot omfattende behandling av aml § 9-1 (1). Aml § 9-1 (1) oppstiller de materielle grunnvilkår for alle typer av kontrolltiltak i arbeidslivet. Aml § 9-3 (1) er kun ment å spesifikt regulere innhenting av helseopplysninger ved ansettelse, og dekker således et smalere område. Grunnvilkårene i aml § 9-1 (1) om saklighet og forholdsmessighet må også være oppfylt ved innhenting av helseopplysninger etter aml § 9-3 (1), og jeg vil kort gjøre rede for dem i analysedelen i punkt 3.2. Oppgavens rammer tillater imidlertid ikke noen dyptgående drøftelse av aml § 9-1 (1) som sådan.

Oppgaven omhandler de materielle vilkår for arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger etter aml § 9-3 (1). Det faller utenfor oppgavens tema å redegjøre for eventuelle reaksjoner arbeidsgiver lovlig kan iverksette dersom arbeidssøkeren nekter å gi fra seg helseopplysninger, og det avgrenses derfor mot dette.¹¹ Til sist avgrenses det mot arbeidsgivers eventuelle ansvar for brudd på bestemmelsen i aml § 9-3 (1), da også dette faller utenfor oppgavens tema og problemstilling.¹²

⁹ Etter aml § 13-4 (2) gjelder dette likevel ikke dersom innhenting av slike opplysninger er "... *begrunnet i stillingens karakter eller det inngår i formålet for vedkommende virksomhet å fremme bestemte (politiske) syn og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet*".

¹⁰ Etter tidligere aml § 54D var det heller ikke tillatt å spørre om arbeidssøkerens kulturelle holdning.

¹¹ NOU 2001:4 s. 45. Breisteinutvalget antok at arbeidsgiver i en søkersituasjon vil kunne vektlegge dette forholdet på lik linje med andre opplysninger om den arbeidssøkendes kvalifikasjoner, og at arbeidssøker vil således kunne bli satt ut av betraktning med den begrunnelse at nødvendige helseopplysninger ikke er gitt.

¹² Dog kort om straffebestemmelsen i aml § 19-1 i punkt 4.

1.4 Skisse over oppgavens videre oppbygning

I **kap. 2** blir det gjort nærmere rede for den rettslige bakgrunnen for aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1), samt for de rettskildene som er anvendt i oppgaven. I **kap 3** blir det gitt en summarisk gjennomgang av grunnvilkårene for kontrolltiltak etter aml § 9-1 (1). Deretter følger en analyse av arbeidsgiverens adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker ved ansettelse etter aml § 9-3 (1). Dette er hoveddelen av oppgaven. Jeg vurderer også om det kan tenkes tilfeller av motstrid mellom aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1). **Kap. 4** tar for seg eventuelle kontrollmuligheter i forhold til aml § 9-3 (1), før oppgaven avsluttes med noen generelle betraktninger i **kap. 5**.

2 Metode og rettskilder

Aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1) kodifiserer gjeldende ulovfestet rett og grenser mot personvernlovgivningen. I redegjørelsen for den rettslige bakgrunnen til aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1) i punkt 2.1, står arbeidsgivers styringsrett, kontrolltiltak og personvern hensyn sentralt.

2.1 Rettslig bakgrunn for aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1)

2.1.1 Hjemmelsgrunnlag for kontrolltiltak

Arbeidsgivers styringsrett har tradisjonelt vært definert som arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet. I tillegg inngår det i styringsretten at arbeidsgiver har rett til å inngå nye arbeidsavtaler og bringe dem til opphør.¹³

¹³ Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten s. 41

Styringsretten har sin funksjon innenfor et etablert arbeidsforhold hvor det foreligger en bindende avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Illustrerende er Rt. 2000 s.1682 (Nøkk-dommen), hvor Høyesterett uttalte at arbeidsgiver i henhold til styringsretten hadde rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, men at dette måtte skje ”...innenfor rammen av det arbeidsforholdet som er inngått”. Styringsretten er undergitt begrensninger i lovgivning, tariffavtaler og i selve arbeidsavtalen. Styringsretten kan anses som den kompetanse arbeidsgiver har til å lede, fordele og kontrollere arbeidet i virksomheten etter at lov, avtaleverk og ulovfestede arbeidsrettslige prinsipper¹⁴ har satt grensene for hvilke beslutninger arbeidsgiver kan treffe.

I kraft av styringsretten hadde arbeidsgiver tidligere en viss adgang til å iverksette kontrolltiltak i virksomheten.¹⁵ I dag er det bestemmelsene i aml § 9-1 (1) flg. som gir det rettslige grunnlaget for kontrolltiltak. Kontrolltiltak i virksomheten innebærer at arbeidsgiver utfører kontroll og/eller overvåkning av arbeidstaker når han er på arbeid.¹⁶ Felles for tiltakene er at de i større eller mindre grad griper inn i arbeidstakerens privatliv eller personlige integritet¹⁷ på arbeidsplassen.

¹⁴ NOU 2004:5 s. 415 og Arbeidsrett.no s. 329 note 1. Med ulovfestede arbeidsrettslige prinsipper siktes det til saklighetsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet som er utviklet ved rettspraksis. Høyesterett har i Rt. 2001 s. 418 ”Kårstø-dommen” og i Rt. 2000 s. 1602 ”Nøkk-dommen” gitt uttrykk for at utøvelse av styringsretten må begrenses etter alminnelige saklighetsnormer. Se også Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten s. 42 og 43

¹⁵ NOU 2004:5 s. 418. Etter norsk rettspraksis har det vært forholdsviss adgang til å iverksette kontrolltiltak i kraft av styringsretten dersom det ellers er saklig og forholdsmessig. Det er presumsjon for at kravet om saklighet og forholdsmessighet ivaretar sentrale personvern hensyn.

¹⁶ Kontrolltiltaket kan spenne fra adgangskontroll på arbeidsplassen og kontroll av at arbeidstaker bruker påbudt verneutstyr, til bruk av kameraovervåkning i arbeidslokalet eller rusmiddelkontroll.

¹⁷ Om personlig integritet i punkt 2.2.5.

Inngrepene kan være av fysisk eller psykisk karakter.¹⁸ Noen av tiltakene er så vanlige at de ikke oppleves som inngripende eller integritetskrenkende av arbeidstakerne.¹⁹ Dersom det oppstår tvil om hvorvidt tiltaket er et kontrolltiltak eller ikke, vil tiltaket antakelig være så lite inngripende overfor arbeidstakeren at en interesseavveining nok vil tilsi at det ikke er et kontrolltiltak.²⁰

Det kan være flere formål med et kontrolltiltak. I Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO (2002 – 2005) heter det at kontrolltiltak kan ha sitt grunnlag i teknologiske, økonomiske, sikkerhets- og helsemessige omstendigheter, samt andre organisatoriske eller sosiale forhold i bedriften. Oppregningen i hovedavtalen over mulige grunner for kontrolltiltak er ikke uttømmende. Dette er også er lagt til grunn i lovforarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven.²¹

Aml § 9-3 (1) er av lovgiver plassert i kapittel 9 om Kontrolltiltak i virksomheten. Arbeidsgiverens adgang til å hente inn helseopplysninger ved ansettelser må på denne bakgrunn regnes som et kontrolltiltak i arbeidsmiljølovens forstand.²² Mens de fleste kontrolltiltak på arbeidslivets område skjer innenfor rammen av et etablert arbeidsforhold, finner kontrolltiltak etter aml § 9-3 (1) sted i tiden før det foreligger en arbeidsavtale. På denne bakgrunn kan man si at arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger etter aml § 9-3 (1) er et kontrolltiltak som ikke har den rettslige forankring i arbeidsgivers

¹⁸ Eksempler på tiltak som griper inn i arbeidstakernes fysiske integritet er kroppsvisitasjoner, veskekontroller og rusmiddeltester. Imidlertid kan disse tiltakene oppleves som psykisk belastende for arbeidstakeren, og således også fremstå som inngrep i den psykiske integritet. Eksempler på tiltak som griper inn i arbeidstakernes psykiske integritet er kameraovervåkning på arbeidsplassen, kontroll av internettbruk, telefonkontroll eller prestasjonsmålinger.

¹⁹ For eksempel vanlig tidsregistrering ved bruk av stemplingsur og adgangskontroll.

²⁰ NOU 2004:5 s. 435

²¹ NOU 2004:5 (Arbeidslivslovutvalget) s. 407, 412 og Ot.prp. nr. 49 (departementet) s.135

²² Det er ingen generelle regler i norsk rett over hvilke *typer* av kontrolltiltak som kan settes i verk overfor arbeidssøkere og ansatte.

styringsrett som de øvrige kontrolltiltak har. Kontrolltiltak etter aml § 9-3 (1) finner sted utenfor styringsrettens tradisjonelle område.²³

I forbindelse med arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om arbeidssøkerens helse ved ansettelsen, uttalte Arbeidslivslovutvalget at ”... *en arbeidssøker ofte vil føle seg i en tvangssituasjon slik at et samtykke vil kunne fremstå som mer eller mindre illusorisk*”. Utvalget mente dette var et sterkt argument for å ikke tillate samtykke som hjemmelsgrunnlag for å innhente helseopplysninger ved ansettelse.²⁴ Denne vurderingen ble støttet av departementet.²⁵ I følge lovforarbeidene er det ikke tilstrekkelig at arbeidssøker gir arbeidsgiveren samtykke til å hente inn helseopplysninger ved ansettelsen.²⁶ Arbeidsgiver har kun adgang til å hente inn helseopplysninger om arbeidssøkeren når vilkårene er oppfylt etter aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1).

2.1.2 Forholdet til personvernretten

Arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger med hjemmel i aml § 9-3 (1) innebærer innhenting av sensitive personopplysninger.²⁷ Oppgavens tema grenser således mot behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven.

Forholdet mellom kontrolltiltaket i aml § 9-3 (1) og personopplysningsloven er nærmere regulert i aml § 9-1 (2). Det er bare dersom kontrolltiltaket etter aml § 9-3 (1) innebærer behandling av personopplysninger at personopplysningsloven kommer til anvendelse. Med *behandling* av personopplysninger menes enhver bruk av personopplysninger, jf. popplyl § 2 nr. 2. Behandling av personopplysninger kan således være både innsamling, registrering,

²³ Se NOU 2004:5 s. 424

²⁴ NOU 2001:4 s. 46 og NOU 2004:5 s. 441

²⁵ Ot.prp. nr. 49 s. 148

²⁶ NOU 2001:4 s. 55, NOU 2004:5 s. 441 og Ot.prp. nr. 49 s. 148. Om tariffavtale og individuell arbeidsavtale som grunnlag for kontrolltiltak i punkt 2.2.3.

²⁷ Helseopplysninger knyttet til en bestemt person anses som sensitive opplysninger etter popplyl § 2 nr. 8. Det er antatt at sensitive opplysninger har krav på et særlig vern, se Arbeidsrett.no s. 78.

sammenstilling, lagring og utlevering av slike opplysninger, eller en kombinasjon av slike bruksmåter.²⁸

Arbeidslivslovutvalget uttalte at personopplysningsloven ”...ikke setter begrensinger med hensyn til for eksempel innhenting av referanser, helseopplysninger mv om arbeidssøkere eller ansatte så lenge informasjonen ikke behandles elektronisk eller er eller skal bli satt inn i et register. Dette innebærer for eksempel at notater fra et ansettelsesintervju i utgangspunktet ikke omfattes av loven. Notatene omfattes likevel av loven dersom de legges (eller skal legges) sammen med annen informasjon om søkeren i et register.”.²⁹

Innhenting eller innsamling av helseopplysninger ved intervju anses ikke som behandling av personopplysninger i personopplysningslovens forstand. Personopplysningslovens bestemmelser kommer dermed ikke til anvendelse på den innhenting av helseopplysninger som skjer under selve intervjuet.³⁰ Dersom arbeidsgiver etter intervjuet legger notater eller opplysninger om arbeidssøkers helse sammen med andre opplysninger om ham i en mappe som tas inn i et personregister, må imidlertid disse opplysningene behandles etter reglene i personopplysningsloven. Dette følger av popplyl § 3 første ledd og av lovforarbeidene.³¹ Personopplysningsloven kommer således først til anvendelse dersom helseopplysningene som fremkommer under intervjuet skal behandles elektronisk³² eller inngår/skal inngå i et personregister.³³

²⁸ NOU 2004:5 s. 420

²⁹ NOU 2004:5 s. 420, jf. også LG 2002 s. 2397. Arbeidsrett.no s. 337 note 8.

³⁰ NOU 2004:5 s. 420. Personopplysningsloven kommer heller ikke til anvendelse ved inngrep som blodprøvekontroll, brevåpning, ad hoc-kontroller ved mistanke om misligheter mv. Det er bare når tiltakene innebærer at det hentes inn personopplysninger som skal bearbeides elektronisk eller som (skal) tas inn i et register at personopplysningslovens bestemmelser kommer til anvendelse.

³¹ NOU 2004:5 s. 420 og Ot.prp. nr. 49 s. 138.

³² NOU 2004:5 s. 420. Elektronisk behandling av opplysninger fra intervju innebærer ofte bruk av data, for eksempel at opplysningene legges inn på data eller tas inn i et dataregister.

³³ NOU 2004:5 s. 420 og 441. I følge Datatilsynets retningslinjer skal personregister opprettes når det er snakk om opplysninger om to eller flere fysiske personer, jf også og NOU 1997:19.

Det følger av lovforarbeidene at dersom vilkårene for å iverksette kontrolltiltak er oppfylt etter aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1) (hjemmelsgrunnlaget), er det mye som taler for at også vilkårene for å behandle personopplysninger etter personopplysningsloven er oppfylt.³⁴ Reglene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven på arbeidslivets område må tolkes i lys av hverandre.³⁵

Arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger ved ansettelse etter aml § 9-3 (1) reiser videre spørsmål relatert til arbeidssøkers personverninteresser. I Rt. 1952 s. 1217 ble det lagt til grunn at det finnes et alminnelig ulovfestet personvern i norsk rett. Det er ikke avklart hvor langt det ulovfestede personvern gjelder på arbeidslivets område.³⁶ I relasjon til temaet for denne oppgaven, må arbeidsgivers behov for opplysninger om arbeidssøkers helse veies mot arbeidssøkerens behov for personvern og personlig integritet. Til sist er det ulike reelle hensyn som må avgjøre om det er arbeidsgivers eller arbeidssøkers interesse som går foran. Arbeidssøkerens behov for personvern er et hensyn som vil gå igjen i vurderingene relatert til aml § 9-3 (1). Hensynet til personvern og personlige integritet får særlig stor betydning fordi det er snakk om sensitive personopplysninger, og fordi opplysningene fremkommer i en sammenheng hvor de lett kan misbrukes³⁷.

2.1.3 Forholdet mellom aml § 9-1 (1) og aml § 9-3 (1)

Bestemmelsen i aml § 9-3 (1) om arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse av arbeidstaker er en ny regel som gjelder fra 01.01.06. Det samme gjelder de øvrige regler i arbeidsmiljøloven kapittel 9. Aml § 9-1 (1) innebærer en videreføring av det ulovfestede arbeidsrettslige prinsipp om at et hvert kontrolltiltak skal være saklig og forholdsmessig. Bestemmelsene forutsetter å kodifisere og tydeliggjøre gjeldende rett slik

³⁴ NOU 2004:5 s. 434 og Arbeidsrett.no s. 339 note 8.

³⁵ NOU 2004:5 s. 423

³⁶ Arbeidsrett.no s. 334 note 7.

³⁷ NOU 2004:5 s. 425 og Ot.prp. nr. 49 s. 148. I relasjon til aml § 9-3 (1) er det en fare for at helseopplysningene blir brukt for å sortere vekk arbeidssøkere med sykdom eller helseplager.

den er utviklet gjennom rettspraksis.³⁸ Lovgiver har lagt til grunn at ingen av bestemmelsene i kapittel 9 medfører materielle endringer i rettstilstanden.³⁹

Som nevnt regulerer aml § 9-3 (1) de materielle vilkår og er hjemmelsgrunnlaget for arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger om arbeidssøker ved ansettelser. Bestemmelsen må imidlertid ses i sammenheng med de grunnvilkår som følger av generalklausulen i aml § 9-1 (1). Arbeidsgiver har ikke adgang til å iverksette tiltak etter aml § 9-3 (1) dersom det overskrider grensen for hva som anses saklig og forholdsmessig etter aml § 9-1 (1). Dette innebærer at både de materielle vilkår etter aml § 9-3 (1) og grunnvilkårene etter aml § 9-1 (1) må være oppfylte før arbeidsgiver har adgang til å innhente helseopplysninger ved en ansettelse. Hvordan dette forholder seg i praksis, kommer jeg tilbake til i analysedelen. Det følger av lex specialis-prinsippet⁴⁰ at særbestemmelsen i aml § 9-3 (1) må gå foran generalklausulen i aml § 9-1 (1) i tilfeller av motstrid. Imidlertid er det usikkert hvorvidt motstrid kan oppstå, da aml § 9-3 (1) synes å fungere som en innstramming i forhold til kontrolladgangen etter aml § 9-1 (1).⁴¹

2.2 Rettskilder

2.2.1 Lov og forarbeider

I forhold til oppgavens problemstilling om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger om arbeidssøker ved ansettelse, er det sentrale rettslige grunnlag Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven).

³⁸ NOU 2004:5 s. 431 og Ot.prp. nr. 49 s. 140 og 143. Arbeidsrett.no s. 329 note 1.

³⁹ NOU 2004:5 s. 438. Breisteinutvalget uttalte for øvrig at det hadde vært vanskelig å få fullgod oversikt over omfanget av den faktiske bruk av helseopplysninger i arbeidslivet. Flertallet la likevel til grunn at de hadde fått dokumentasjon på at det forekom en del uheldig praksis. Det kan således ha vært dårlig samsvar mellom den ulovfestede rettstilstand og praksis i arbeidslivet.

⁴⁰ Boe, Erik. Innføring i juss s. 335. Kollisjonsprinsipp i rettskildelæren som går ut på at en spesiell regel går foran en generell regel dersom det er motstrid mellom dem.

⁴¹ Om eventuell motstrid mellom aml § 9-1 (1) og aml § 9-3 (1) i punkt 3.3.4.

Aml § 9-1 (1) og aml § 9-3 (1) fastsetter henholdsvis grunnvilkårene og de materielle vilkårene for iverksetting av kontrolltiltak. Problemstillingen berører også personvernspørsmål, og Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven) kommer således til anvendelse.

Formålene bak aml § 9-3 (1) og de øvrige bestemmelser i arbeidsmiljøloven kapittel 9 er nedfelt i lovforarbeidene. Forarbeidene har i forhold til temaet for denne oppgaven stor rettskildemessig verdi, fordi de er blant de få skriftlige rettskilder som uttaler seg om hvordan vilkårene i lovbestemmelsene skal forstås. De forarbeidene jeg bruker er NOU 2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet (Breisteinutvalget), NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. Breisteinutvalgets rapport brukes fordi denne utredningen la grunnlaget for de regler som nå er nedfelt i arbeidsmiljøloven kapittel 9 om kontrolltiltak, jf. også note nr. 1.

2.2.2 Rettspraksis

Det finnes foreløpig ikke dommer som er konkret tilknyttet bestemmelsene i aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1). Lovforarbeidene har imidlertid lagt til grunn at ingen av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 9 er ment å skulle innebære endring i rettstilstanden.⁴² Tidligere rettspraksis fra sivile domstoler og fra Arbeidsretten som omhandler personvernspørsmål og kontrolltiltak i arbeidslivet vil derfor fortsatt ha betydning for hvordan de ulike hensyn skal veies mot hverandre, og ha verdi som rettskilde. De dommer som er benyttet for dette formålet, fremgår av litteraturlisten bakerst i oppgaven. Det er gjennom rettspraksis at grunnvilkårene om saklighet og forholdsmessighet i aml § 9-1 (1) er utviklet.

⁴² NOU 2004:5 s. 431. Se også punkt 2.2.3 og punkt 3.2 i oppgaven.

2.2.3 Tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler

Det fremgår av lovforarbeidene at kontrolltiltak på arbeidsplassen kan bygge på kollektivt eller individuelt samtykke fra arbeidstakerne.⁴³ Tradisjonelt har dette vært akseptert som et tilstrekkelig rettslig grunnlag for iverksetting av kontrolltiltak i virksomheten.⁴⁴

Arbeidslivslovutvalget la til grunn at etablering og utforming av kontrolltiltak gjennom tariffavtale i sin alminnelighet ville sikre en betryggende saksbehandling og en forsvarlig interesseavveining, og mente derfor at en bør kunne gå forholdsvis langt i å akseptere kollektivt samtykke/tariffavtale som rettslig grunnlag for kontrolltiltak i arbeidslivet.⁴⁵

Arbeidslivslovutvalget uttalte imidlertid videre : ”*Forslaget til generalklausul angir de generelle vilkårene for at et kontrolltiltak skal være lovlig. Vilårene vil ikke kunne settes til side av partene gjennom for eksempel samtykke, arbeidsavtale eller tariffavtale*”.⁴⁶

Tariffavtale og arbeidsavtale kan således bare være rettslig grunnlag dersom kontrolltiltaket samtidig oppfyller vilkårene om saklighet og forholdsmessighet etter aml § 9-1 (1).⁴⁷

Kollektiv eller individuell avtale gir ikke tilstrekkelig rettslig grunnlag for å hente inn helseopplysninger om arbeidssøker ved ansettelse etter aml § 9-3 (1).⁴⁸ Arbeidssøker har ikke inngått noen avtale med arbeidsgiver og er verken bundet av tariffavtale eller arbeidsavtale. Som nevnt i punkt 2.1.1, la både Breisteinutvalget, Arbeidslivslovutvalget og departementet la til grunn at samtykke under enhver omstendighet ikke var egnet som hjemmelsgrunnlag for arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger ved ansettelse.

⁴³ Kollektivt samtykke skjer gjennom tariffavtale, mens individuelt samtykke skjer gjennom arbeidsavtalen.

⁴⁴ Før kodifisering i aml § 9-1 (1) gjaldt likevel et ulovfestet krav om at tiltaket måtte være saklig og forholdsmessige, se punkt 2.1.1. Det er et uavklart spørsmål i norsk rett om kollektivt samtykke tilfredsstiller kravene til behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven.

⁴⁵ NOU 2004:5 s. 413.

⁴⁶ NOU 2004:5 s. 432.

⁴⁷ Individuell arbeidsavtale må uansett ligge innenfor tariffavtalens grenser, jf. arbeidstvistloven § 3 nr. 3.

⁴⁸ Om samtykke som hjemmelsgrunnlag for kontrolltiltak i punkt 2.1.1.

Aml § 9-3 (1) og aml § 9-1 (1) og ulovfestede prinsipper til vern om den personlige integritet⁴⁹ innebærer derfor en uttømmende regulering av arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger i en ansettelsesprosess. Aml § 9-3 (1) kan ikke fravikes til skade for arbeidssøker.

2.2.4 Internasjonal rett

For oppgaven er det særlig prinsipper etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 17 som kommer til anvendelse.⁵⁰ Konvensjonene er transformert til norsk lov og prinsippene får betydning for tolkningen av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 9 og personopplysningsloven.⁵¹ EMK art. 8 regulerer retten til respekt for personers privatliv, hvilket er et sentralt hensyn ved kontrolltiltak etter aml § 9-3 (1). SP art. 17 slår fast at ingen personer må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, og at inngrep krever klar hjemmel. SP art. 17 får betydning i oppgaven fordi innhenting av helseopplysninger om arbeidssøker anses som et inngrep i hans privatliv.⁵²

2.2.5 Reelle hensyn – interesseavveininger

Anvendelsen av aml § 9-3 (1) legger i stor grad opp til skjønnsmessige vurderinger av motstridende interesser. Hensynet til arbeidssøkerens personlige integritet og personvern må veies mot arbeidsgiverens legitime behov for helseinformasjon.⁵³ Ulike reelle hensyn blir avgjørende for hvilken interesse som i det enkelte tilfellet må veie tyngst, og har

⁴⁹ NOU 2004:5 s. 415. Ulovfestede prinsipper uttrykt gjennom almenne rettsgrunnsetninger og praksis fra domstoler og offentlige organer, herunder læren om myndighetsmisbruk.

⁵⁰ Omtales som EMK art. 8 og SP art. 17 i oppgaven.

⁵¹ NOU 1997:19 pkt. 4.9.1 og Arbeidsrett.no s. 330 note 1. Det antas at personopplysningsloven går lenger i å beskyttet individenes rettigheter ved behandling av personopplysninger enn det som kan utledes av SP art. 17.

⁵² NOU 2004:5 s. 414.

⁵³ Arbeidsgiver behov for helseinformasjon kan omtales som en *berettiget interesse* for helseopplysninger.

således en sentral plass som rettskilde i denne oppgaven. Det er særlig i drøftelsen under punkt 3.3 at de ulike reelle hensyn blir trukket frem.

Personvern hensyn står sentralt ved vurderingen av om arbeidsgiver skal ha adgang til å innhente helseopplysninger etter aml § 9-3 (1). *Personvernet* består av ulike interesser som tar sikte på å beskytte enkeltindividet.⁵⁴ I forhold til kontrolltiltak etter aml § 9-3 (1) er det særlig søkerens individuelle personvern som må ivaretas, herunder hans interesse for diskresjon og for privatlivets fred. Hensynet til diskresjon går ut på at arbeidssøker som oftest har behov for en viss kontroll med helseopplysninger om seg selv. Siden det her er snakk om sensitive personopplysninger etter popplyl § 2 nr. 1, har arbeidssøker et forholdsvis stort behov for kontroll over hvem som har opplysningene og hvordan de behandles. Hensynet til privatlivets fred går ut på at arbeidssøker må ha rett til en viss kontroll over hvilke opplysninger fra den private sfære som skal tilflyte arbeidsgiver. Videre taler hensynet til søkerens *personlige integritet* for at det tas tilstrekkelig hensyn til at han er en selvstendig, uavhengig og ukrenkelig person. I forhold til arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger etter aml § 9-3 (1), har søker krav på å bli møtt med respekt og til å bli behandlet på en rettmessig og ordentlig måte.

3 Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger

3.1 Presisering av begreper – arbeidstaker, arbeidsgiver og arbeidssøker

Arbeidsmiljølovens bestemmelser gjelder i utgangspunktet bare der det foreligger en arbeidsavtale eller et etablert arbeidsforhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, jf. aml § 1-2 (1). Aml § 1-8 (1) definerer arbeidstaker som enhver som utfører arbeid i en

⁵⁴ Personopplysningsloven Kommentartutgave – 2001 s. 23 om interessemodellen, hvor personvernet beskrives gjennom en kombinasjon av syv individuelle og kollektive interesser. De individuelle interessene er interessen for diskresjon, innsyn, fullstendighet og for privatlivets fred.

annens tjeneste. Etter aml § 1-8 (2) er enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste å regne som arbeidsgiver. Aml § 9-3 (1) regulerer den delen av rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidssøker som går på innhenting av opplysninger om søkerens helse.

Arbeidssøkerbegrepet er imidlertid ikke nærmere definert i loven.⁵⁵ Breisteinutvalget definerte arbeidssøker som en person som har ”...vist interesse for å arbeide i en virksomhet hvor vedkommende ikke er ansatt i fra før; eller søker arbeid internt i virksomheten; og er aktuell for stillingen ut fra generelle krav til utdanning, sertifikater, alder”.⁵⁶ Når jeg i det følgende skal se nærmere på arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøkeren under ansettelsen, er det denne forståelsen av arbeidssøkerbegrepet jeg legger til grunn.

3.2 Grunnvilkår for kontrolltiltak i virksomheten – aml § 9-1 (1)

Aml § 9-1 (1) er hovedbestemmelsen i arbeidsmiljøloven kapittel 9 om kontrolltiltak og setter det rettslige utgangspunkt for iverksetting av samtlige kontrolltiltak i arbeidslivet. For at arbeidsgiver skal ha adgang til å innhente helseopplysninger etter aml § 9-3 (1), må også grunnvilkårene om saklighet og forholdsmessighet etter aml § 9-1 (1) være oppfylt.⁵⁷ På denne bakgrunn finner jeg det nødvendig med en kort gjennomgang av grunnvilkårene i aml § 9-1 (1).

⁵⁵ Arbeidssøkerens rettslige situasjon ved ansettelsen er også delvis regulert i aml § 9-4 og aml § 13-4.

⁵⁶ NOU 2001:4 s. 23. Denne forståelsen av arbeidssøkerbegrepet synes uten videre å ha blitt lagt til grunn av Arbeidslivslovutvalget i NOU 2004:5 og departementet i Ot.prp. nr. 49.

⁵⁷ Om forholdet mellom generalklausulen i aml § 9-1 (1) og særbestemmelsen i aml § 9-3 (1) i punkt 2.1.3.

3.2.1 Kontrolltiltaket må være saklig begrunnet

Saklighetskravet i aml § 9-1 (1) skal blant annet beskytte arbeidstakeren mot vilkårlige inngrep i hans personlige integritet på arbeidsplassen.⁵⁸ Kravet om at tiltaket skal være saklig knyttes derfor opp mot personvern hensyn. Det er i forarbeidene lagt til grunn at saklighetsnormen i aml § 9-1 (1) må forstås tilsvarende som saklighetsnormen ved oppsigelser.⁵⁹ Kravet om saklighet inneholder to hovedelementer. Tiltaket må i følge forarbeidene for det første være saklig begunnet i virksomhetens forhold. For det andre må tiltaket også være saklig begrunnet i forhold til den enkelte arbeidstaker som omfattes av tiltaket.

1) For at arbeidsgiver skal ha adgang til å hente inn helseopplysninger ved ansettelse av en ny arbeidstaker, må opplysningene være saklig knyttet til virksomhetens behov. Verken lov eller forarbeider gir uttømmende liste over hvilke grunner eller formål som kan utgjøre nødvendige behov.⁶⁰ Det må derfor utledes i hvert enkelt tilfelle hvilket behov i bedriften som kan begrunne arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger om arbeidssøker. For eksempel kan teknologiske forutsetninger i bedriften, som betjening av maskiner eller andre tekniske hjelpemidler, innebære visse krav til arbeidstakernes fysiske funksjon som det er saklig og nødvendig å avklare ved nyansettelser. Videre kan organisatoriske forhold i virksomheten, som for eksempel at arbeidstakerne må arbeide mye alene, medføre at arbeidsgiver har et saklig behov for helseopplysninger som kan belyse arbeidssøkers psykiske forutsetninger for å greie dette.

⁵⁸ Arbeidsrett.no s. 331 note 5. Saklighetskravet ved anvendelsen av kontrolltiltak i arbeidslivet er en *rettslig standard* som er utviklet gjennom rettspraksis, og som oppstiller hvilke krav som gjelder for et lovlig kontrolltiltak. Det vises blant annet til ARD-1951-2001 (Veskekontroll), Rt. 2001 s. 668 (Videoovervåkning), Rt. 2002 s. 1500 (Kontroll av e-post) og Rt. 2005 s. 649 (Kontroll av internettbruk).

⁵⁹ Se Arbeidsrett.no s. 332 note 5. Hva som regnes som saklig og hva som anses utenforliggende vurderes forholdsvis strengt.

⁶⁰ Om mulige grunner og behov for kontrolltiltak i Tilleggsavtale V til Hovedavtalen NHO-LO i punkt 2.1.1.

Det må trekkes en grense mot kontrolltiltak som ikke er knyttet eksplisitt til virksomhetens behov. I forarbeidene er det for eksempel vist til at selv om virksomheten aktivt støtter det alminnelige samfunnsmessige mål om at folk skal slutte og røyke, spise sunt og holde seg i form, gir ikke dette arbeidsgiver saklig grunn til å foreta undersøkelser av de ansattes levevaner.⁶¹ Opplysninger om de ansattes levevaner kan ikke sies å være knyttet til virksomhetens saklige behov, og hensynet til privatlivets fred tilsier at de ansatte må ha rett til å holde slike opplysninger for seg selv. Personvern hensyn taler for at det er arbeidsgiver som bør ha bevisbyrden for at innhenting av helseopplysninger er tilstrekkelig saklig begrunnet i virksomhetens behov.⁶²

2) Kontrolltiltaket må etter aml § 9-1 (1) videre være saklig begrunnet i forhold til den enkelte arbeidssøker som omfattes av tiltaket. Når det gjelder arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger i en ansettelseprosess etter aml § 9-3 (1), bør adgangen kun gjelde den søkeren som er aktuell for stillingen, og ikke alle arbeidssøkerne generelt. Illustrerende er sak for Personvernemnda i 2005, hvor man fant at saklighetsprinsippet både etter arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven var til hinder for at arbeidsgiver kunne foreta rusmiddeltesting av *alle* sine ansatte, uavhengig av hva de arbeidet med.⁶³ Personvern hensyn taler for at de arbeidssøkere som ikke er aktuelle for stillingen, heller ikke skal måtte gi fra seg opplysninger om sin helse. Arbeidsgiver har ikke noe saklig begrunnet behov for å få kjennskap til helseopplysninger som likevel ikke skal brukes for et konkret formål i virksomheten.

Selv om arbeidsgiver ut fra virksomhetens saklige behov må ha adgang til å innhente en viss helseinformasjon om arbeidssøker, så kan samtalen og spørsmålene innrettes slik at det blir vanskelig å avgjøre om grensen for saklig eller usaklig innhenting av

⁶¹ NOU 2004:5 s. 433.

⁶² Det er også arbeidsgiver som behandlingsansvarlig jf. popplyl § 2 (4) som har bevisbyrden for at vilkårene for å behandle personopplysninger om arbeidssøkeren er oppfylt i henhold til personopplysningsloven, jf. også popplyl § 11.

⁶³ Personvernemnda kjennelse 2005:6 (Securitas, rustesting aml § 9-4).

helseopplysninger er brutt. I tvilstilfeller bør man se nærmere på arbeidsgiverens intensjon med de spørsmål som stilles. Dersom meningen bak spørsmålene er å få opplysninger som indikerer lav terskel for sykefravær eller risiko for fremtidig sykdom, tyder dette på at kontrolltiltaket kommer i konflikt med saklighetsvilkåret i aml § 9-1 (1).⁶⁴

3.2.2 Kontrolltiltaket må være forholdsmessig

Innhenting av helseopplysninger ved ansettelser må videre være forholdsmessig etter aml § 9-1(1). Vilkåret om forholdsmessighet legger opp til en avveining mellom de interessene arbeidsgiver søker å ivareta gjennom etterspørsel av helseopplysninger, og hensynet til arbeidssøkerens personvern og personlige integritet. I forarbeidene er det uttalt at forholdsmessighetsvurderingen ikke bare må gå på det enkelte tiltaket, men også på om tiltaket sammen med de øvrige kontrolltiltak i virksomheten samlet medfører for stor krenkelse av arbeidssøker- /taker.⁶⁵

Ved tiltak etter aml § 9-3 (1) er det snakk om kontroll av en person som enda ikke er ansatt i virksomheten. Dersom det ikke er aktuelt med medisinsk undersøkelse av arbeidssøker etter aml § 9-4 (1), eller bruk av personlighetstest, vil innhenting av helseopplysninger være det eneste kontrolltiltaket man skal vurdere forholdsmessigheten av.⁶⁶

Det skal ikke så mye til før arbeidsgivers kontrollinteresse er godt begrunnet. For enkelte arbeidssøkere vil kontrolltiltak i form av innhenting av helseopplysninger under en ansettelse oppleves som mindre belastende enn kontrolltiltak i form av for eksempel

⁶⁴ Praktisk vanskelig å dokumentere hvilken intensjon arbeidsgiver har med spørsmålene han stiller. Se nærmere om arbeidsgivers formål i punkt 3.3.3.7.

⁶⁵ NOU 2004:5 s. 433

⁶⁶ Momenter i forholdsmessighetsvurderingen er for eksempel tiltakets/innhentingens formål, hvor stort behov arbeidsgiver har for tiltaket, kontrollens art, omfang og hyppighet, og hvilket inngrep tiltaket innebærer for arbeidstaker. Innhenting av opplysninger om arbeidssøker etter aml § 13-4 regnes ikke som kontrolltiltak i arbeidsmiljølovens forstand, jf. bestemmelsens plassering.

veskekontroller, telefonovervåkning, kroppsvisitasjoner eller alkoholtesting.⁶⁷ Imidlertid kan også mange arbeidssøkere oppleve det som vanskelig å måtte gi fra seg mer eller mindre detaljerte opplysninger om sin fysiske eller psykiske helse.

Arbeidsgivers behov for å innhente helseopplysninger etter aml § 9-3 (1) må således i forholdsmessighetsvurderingen vektes mot den krenkelse det utgjør for arbeidssøker å måtte gi fra seg slike opplysninger. Søkeren har gjerne en subjektiv vurdering av hvilket inngrep i den personlige integritet kontrolltiltaket innebærer for ham. Vurderingen av hvorvidt tiltaket etter aml § 9-3 (1) er krenkende, bør likevel ta utgangspunkt i objektive standarder.⁶⁸

Det er ikke uforholdsmessig at arbeidsgiver i samtale med søker til hjelpepleierstilling stiller spørsmål som går på hans generelle kondisjon, eller om han vet om helseforhold som er av betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet. Slike og lignende generelle spørsmål innebærer ikke en krenkelse av søkerens personlige integritet eller personvern.⁶⁹ Arbeidssøker må kanskje også gi enkelte opplysninger om sin generelle helsetilstand når han svarer på spørsmål om sin evne til å takle stress og høyt arbeidstempo. Spørsmålene/ tiltaket fremstår imidlertid som så lite inngripende at det ikke kan innebære en uforholdsmessig belastning for arbeidssøker etter aml § 9-1 (1).

En summarisk gjennomgang av grunnvilkårene i aml § 9-1 (1) viser at momenter under behandlingen av saklighetskriteriet, også kan være relevante under vurderingen av hva som

⁶⁷ Mange av de mest belastende kontrolltiltak i arbeidslivet finner sted innenfor rammen av et etablert arbeidsforhold. I forhold til arbeidssøkere er innhenting av helseopplysninger etter aml § 9-3 (1), medisinsk undersøkelse etter aml § 9-4, og evt bruk av personlighetstester, de eneste aktuelle kontrolltiltakene.

⁶⁸ I den objektive vurderingen av hvilken belastning eller krenkelse tiltaket (innhenting av helseopplysninger) utgjør for arbeidssøker, er det aktuelt å se på blant annet formålet med tiltaket, konsekvenser for søkerens personvern, tiltakets art og hvorvidt arbeidsgiver sikrer begrenset tilgang til de helseopplysninger som må fremlegges. Arbeidsrett.no s. 333 note 5.

⁶⁹ Om avveiningen av hensyn og interesser i punkt 2.2.5.

er forholdsmessig. De to vurderingene som aml § 9-1 (1) legger opp til kan derfor i noen grad overlappe hverandre.

3.3 Materielle vilkår for innhenting av helseopplysninger – aml § 9-3 (1)

Aml § 9-3 (1) gir det rettslige grunnlaget for arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger ved ansettelse av en ny arbeidstaker. Bestemmelsen er i følge forarbeidene ment å være uttømmende.⁷⁰ Arbeidsgiver har ikke andre alternative rettslige grunnlag for å hente inn helseopplysninger om arbeidssøker enn aml § 9-3 (1).⁷¹

Bestemmelsen i aml § 9-3 (1) slår fast at arbeidsgiver har begrenset adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelser. Begrensningen er i forarbeidene begrunnet med at åpen tilgang til helseopplysninger om arbeidssøkere kan medføre at arbeidssøkere med sykdom eller helseproblemer blir sortert vekk i ansettelsesprosessen.⁷² Forarbeidene synes å legge til grunn at opplysninger om arbeidssøkerens helse ikke alltid er relevant eller nødvendig for å vurdere hans egnethet for stillingen. Etter ordlyden i aml § 9-3 (1) skal arbeidsgiver likevel ha adgang til å innhente helseopplysninger der det er nødvendig for å vurdere om arbeidssøkeren vil klare å utføre arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen.

Det er enkelte vilkår i aml § 9-3 (1) som må vurderes nærmere for å avklare grensene for arbeidsgivers adgang til å hente inn nødvendige helseopplysninger. Jeg skal kort se på selve innhenting av opplysningene, som kan foregå på flere måter (punkt 3.3.1). Jeg skal også se nærmere hvilke opplysninger om en arbeidssøker som må antas å være helseopplysninger (punkt 3.3.2). Etter dette drøfter jeg hvilke helseopplysninger som etter aml § 9-3 (1) kan anses nødvendige, og dermed hvilke helseopplysninger arbeidsgiver kan spørre om under intervjuet med arbeidssøker (punkt 3.3.3).

⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 s. 314.

⁷¹ Om samtykke eller avtale som hjemmelsgrunnlag i punkt 2.1.1 og 2.2.3.

⁷² NOU 2004:5 s. 425.

3.3.1 Om hva som regnes som innhenting

Innhenting av helseopplysninger kan skje på flere ulike måter. En måte å innhente helseopplysninger på er at arbeidsgiver *ber om* opplysningene ved utlysning av stillingen. Breisteinutvalget foreslo å lovfeste at arbeidsgiveren ikke skulle kunne etterspørre helseopplysninger med mindre dette var positivt angitt allerede ved utlysningen. Arbeidslivslovutvalget mente imidlertid at slik lovfestning ikke var hensiktsmessig.⁷³ Det er derfor ikke nødvendig at det fremgår i utlysningen at helseopplysninger kan bli etterspurt senere under ansettelsen.⁷⁴

Ordlyden i aml § 9-3 (1) første punktum viser videre til at innhenting kan skje på *annen måte*. Dette kan for eksempel være at arbeidsgiver innhenter/etterspør helseopplysninger skriftlig, under intervjuet eller i annen samtale med arbeidssøkeren, ved forhandlingsmøte om arbeidskontrakten, eller som krav i arbeidsreglement.⁷⁵

Etter aml § 9-3 (1) andre punktum kan arbeidsgiver også innhente opplysningene ved å iverksette *andre tiltak*. Dette kan for eksempel være å kontakte oppgitt referanse, snakke med tidligere arbeidsgiver eller kollegaer, snakke med venner og bekjente av arbeidssøker, eller å kontakte helsepersonell.⁷⁶ Økt bruk av Internett eller andre tilgjengelige databaser gjør at arbeidsgiver også på uformell basis og på eget initiativ kan lete etter og hente inn informasjon om arbeidssøkeren.

Et eksempel som kan illustrere vanskene med å avgjøre hva som er innhenting i henhold til aml § 9-3 (1), er at arbeidsgiver ved søk⁷⁷ på Internett får treff som viser at arbeidssøkeren

⁷³ NOU 2001:4 s. 107, NOU 2004:5 s. 442 og Ot.prp. nr. 49 s. 149. Arbeidsrett.no s. 365 note 10.

⁷⁴ Dersom arbeidsgiver ønsker å innhente opplysninger om arbeidssøker etter aml § 13-4, skal det jf. aml § 13-4 (2) siste punktum angis allerede i utlysningen at slike opplysninger vil bli etterspurt.

⁷⁵ Arbeidsrett.no s. 365 note 8.

⁷⁶ Arbeidsrett.no s. 366 note 12.

⁷⁷ Søk innebærer i denne sammenheng at arbeidsgiver søker på arbeidssøkerens navn på Internett for å finne bakgrunnsinformasjon om eventuelle verv på fritiden, fritidssysler, tidligere offentlige opptredender, el.

er medlem av Norsk reumatikerforbund. Spørsmålet er om selve søket er å anse som iverksetting av kontrolltiltak etter aml § 9-3 (1). Det er også usikkert hvorvidt tilfeldige treff på helseopplysninger om arbeidssøker kan regnes som innhenting i aml § 9-3 (1) forstand. Det er vanskelig å se rettslig grunnlag for at arbeidsgiver ikke kan ha adgang til å foreta uformelle søk på Internett for å innhente generelle opplysninger om arbeidssøker. Praksis i arbeidslivet tyder på at stadig flere arbeidsgivere benytter seg av Internett når de skal foreta ansettelser.⁷⁸

Innhenting av helseopplysninger kan også skje gjennom ikke-verbal kommunikasjon under et personlig møte mellom arbeidsgiver og arbeidssøker. Arbeidssøkers *kroppsspråk*, at han halter, har en bevegelseshemmet hånd eller synes å være stiv i nakken er alle forhold som gir arbeidsgiver indikasjoner på arbeidssøkers helse. Det er usikkert om dette kan regnes for å være innhenting i aml § 9-3 (1) forstand.⁷⁹ Det vil være også vanskelig å vite hvorvidt arbeidsgiver noterer seg og vektlegger slike helseopplysninger ved ansettelsen.

Som et utgangspunkt må det være opp til arbeidssøkeren selv hvordan han ønsker å svare på de spørsmål som arbeidsgiver stiller under intervjuet. Arbeidssøker må også selv ha ansvaret for at arbeidsgiver får korrekt informasjon.⁸⁰ Dersom arbeidssøker velger å gi flere eller mer detaljerte opplysninger om sin helse enn arbeidsgivers spørsmål legger opp til, må dette være arbeidssøkerens eget ansvar. Det må også være arbeidssøkers eget ansvar dersom han velger å gi *andre* helseopplysninger om seg selv enn det arbeidsgiver spør om. Det kan således ikke anses som innhenting i henhold til aml § 9-3 (1) dersom arbeidsgiver mottar *overskuddsinformasjon*, eller helseopplysninger som går utover det han etterspør.

⁷⁸ Viser til artikkel i Aftenposten den 19.03.06, hvor administrerende direktører i hhv. rekrutteringsfirmaet ISCO Group og Hudson uttaler at de aktivt bruker Internett til å søke om informasjon om potensielle nye arbeidstakere. Kandidatene blir ”sikkerhetsklarert” med et Google-søk.

⁷⁹ Departementet har på en av sine nettsider definert hva som regnes som ”innhenting av helseopplysninger”. Her er det ikke kommentert om innhenting gjennom ikke-verbal kommunikasjon er å regne som innhenting i aml § 9-3 (1) forstand. Se elektroniske dok. i litteraturlisten.

⁸⁰ NOU 2001:4 s. 107. Dersom arbeidssøker ikke gir arbeidsgiver korrekt informasjon om seg selv under ansettelsen, kan dette gi grunnlag for senere oppsigelse.

I det følgende vil jeg konsentrere meg om den innhenting av helseopplysninger som skjer i samtale mellom arbeidsgiver og arbeidssøker, jf. punkt 1.3 om avgrensninger. Samtalen skjer enten i et ansettelsesintervju eller ved en annen muntlig konferanse om stillingen.⁸¹

3.3.2 Om hva som regnes som helseopplysninger

For å kunne vurdere arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse etter aml § 9-3 (1), må begrepet *helseopplysninger* defineres nærmere. Lovteksten sier ikke noe om hvilke opplysninger som kvalifiserer til å være helseopplysninger.

I NOU 2001:4 tok Breisteinutvalget stilling til hvordan uttrykket helseopplysninger skulle forstås. Utvalget viste blant annet til Helseregisterloven § 2 nr. 1 som sier at helseopplysninger er ”...*taushetsbelagte opplysninger i henhold til helsepersonelloven § 21 og andre opplysninger og vurderinger om helseforhold eller av betydning for helseforhold, som kan knyttes til en enkeltperson*”. Utvalget viste også til Ot.prp. nr. 5 (1999-2000), hvor helseforhold blant annet skulle omfatte opplysninger om en persons tidligere, nåværende og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand, inkludert opplysninger om bruk av medisiner og narkotikamisbruk. Helseopplysninger omfattet også *vurderinger* av helseforhold. Breisteinutvalget la til grunn at det med helseopplysninger mentes informasjon som kan bidra til å kartlegge personers helsetilstand.⁸²

Arbeidslivslovutvalget og departementet foretok en mindre omformulering, og definerte helseopplysninger som ”...*informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand*”.⁸³ Jeg legger den sistnevnte forståelsen av uttrykket helseopplysninger til grunn i den videre fremstillingen.

⁸¹ Det vanlige i slike samtaler er at arbeidsgiver stiller spørsmål som arbeidssøker skal svare på. Om avgrensning mot andre innhentingsmåter i punkt 1.3.

⁸² NOU 2001:4 s. 21.

⁸³ NOU 2004:5 s. 547 og Ot.prp. nr. 49 s. 314.

Det er imidlertid mye forskjellig informasjon om en arbeidssøker som *kan* bidra til å kartlegge hans nåværende eller mulige fremtidige helsetilstand.

Opplysninger om tidligere sykefravær, om arbeidssøker lider av en konkret sykdom, om eventuell graviditet eller bruk av medisiner, vil etter naturlig språklig forståelse være helseopplysninger i aml § 9-3 (1) forstand. Opplysninger om arbeidssøkers fungering i det psykososiale arbeidsmiljøet, eller hans evne til å håndtere konflikter på arbeidsplassen, er imidlertid ikke helseopplysninger i seg selv.⁸⁴ Stort sett vil det være enighet om hva som er helseopplysninger, og hva som er andre typer opplysninger om arbeidssøkeren. Partene vil ofte selv være klar over når opplysningene som etterspørres eller fremlegges må anses som helseopplysninger.

Noen ganger kan det likevel oppstå tvil om hva som er opplysninger om arbeidssøkers helseforhold, og hva som er opplysninger om hans personlige kvaliteter eller egenskaper.⁸⁵ For eksempel kan det under intervjuet med arbeidssøker bli snakk om at han er litt følsom i stressede situasjoner. Dette kan oppfattes som omtale av et karaktertrekk eller en egenskap ved arbeidssøkeren. Det kan imidlertid også oppfattes som en opplysning om arbeidssøkers psykiske sårbarhet eller helse. Andre eksempler som illustrerer at det er en flytende grense mellom opplysninger om arbeidssøkers helseforhold og opplysninger om hans egenskaper, er beskrivende ord som solid, stabil, sterk, svak, rigid, passiv eller aktiv. Ordene kan brukes til å beskrive karaktertrekk ved arbeidssøkeren, men de kan også brukes til utdype helsemessige aspekter ved ham. Verken lovtekst eller forarbeider gir etter hva jeg kan se noen avklaring på hvordan man løser slike og lignende tolkningsspørsmål ved anvendelsen av aml § 9-3 (1).

⁸⁴ Det må likevel antas at opplysningene i enkelte tilfeller *kan* gi indikasjoner på, og således *bidra til* å kartlegge arbeidssøkers psykiske helse.

⁸⁵ Verdens helseorganisasjon (WHO) legger til grunn at helse er en tilstand, og ikke en egenskap ved et menneske. Ved anvendelsen av aml § 9-3 (1) er det viktig å skille mellom hva som er omtale av arbeidssøkers helse, og hva som er omtale av hans egenskaper. I utgangspunktet må arbeidsgiver ha lov til å etterspørre opplysninger om egenskaper ved en arbeidssøker.

Videre kan også sammenstillingen av en del opplysninger om søkers private liv og forhold gi arbeidsgiver direkte eller indirekte informasjon om søkerens helse.⁸⁶ Opplysninger om arbeidssøkerens livsstil, interesser og sosiale status kan til sammen gi arbeidsgiver indikasjoner på, og således bidra til å kartlegge arbeidssøkers nåværende og/eller mulige fremtidige helsetilstand.

I forhold til den definisjon av uttrykket helseopplysninger som forarbeidene har lagt til grunn, viser eksemplene at det ikke alltid er enkelt å trekke den nedre grensen for hvilke opplysninger som må regnes som helseopplysninger.

3.3.3 Adgang til å innhente nødvendige helseopplysninger

Bestemmelsen i aml § 9-3 (1) åpner for at arbeidsgiver må ha adgang til å hente inn opplysninger om arbeidssøkerens helseforhold når disse er ”... *nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.*”. Det sentrale spørsmålet blir hvilke helseopplysninger som kan regnes som nødvendige i det enkelte tilfellet.

I følge forarbeidene må nødvendighetsvilkåret tolkes forholdsvis strengt.⁸⁷ Å vurdere hvorvidt nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1) er oppfylt, innebærer for det første spørsmål om hvilke helseopplysninger som er saklige⁸⁸ og relevante å ta i betraktning. Vurderingen innebærer videre en avveining mellom arbeidsgivers behov for helseopplysninger, og arbeidssøkerens personvern og rett til å holde opplysninger om egen helse for seg selv. Det er ikke gitt at de helseopplysningene som er saklige og relevante, også er nødvendige for å avgjøre hvorvidt søkeren vil greie de arbeidsoppgaver som inngår i stillingen.

⁸⁶ Om sammenstilling av enkeltopplysninger om arbeidssøker i punkt 3.3.3.7.

⁸⁷ NOU 2004:5 s. 441.

⁸⁸ NOU 2004:5 s. 441. Det er krav om saklighet også etter aml § 9-3 (1), jf. at det i bruken av nødvendighetsvilkåret kun er de strengt *saklige* formål som kan ivaretas.

I forarbeidene er det listet opp noen forhold som arbeidsgiver må ha lov til å spørre om, og som i seg selv ikke kommer i strid med begrensingen i aml § 9-3 (1).⁸⁹

Generelle eksempler på hva som kan tillates, er spørsmål om arbeidssøker greier de fysiske oppgavene som inngår i stillingen, om han vet om forhold som vil kunne ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet el. eller om han lider av sykdom eller har helseproblemer som er uforenlig med den aktuelle stillingen.

Ved å ta utgangspunkt i disse og andre mulige spørsmål som arbeidsgiver kan stille arbeidssøker under intervjuet, skal jeg i det følgende se på noen praktiske eksempler som kan bidra til å klargjøre hvor grensen går i praksis for hvilke helseopplysninger som må anses nødvendige etter aml § 9-3 (1). Dette innebærer en kasuistisk og praktisk tilnærming til nødvendighetsvurderingen i aml § 9-3 (1). Analysen vil på denne bakgrunn ikke være en uttømmende oppregning av alle tenkelige sider eller spørsmål knyttet til vurderingen.

3.3.3.1 Om arbeidssøker vil klare de fysiske oppgavene i stillingen

I følge forarbeidene er det tillatt for arbeidsgiver å spørre arbeidssøker om han vil klare de fysiske oppgavene som inngår i stillingen. Det må antas at arbeidsgivers adgang til å stille generelle spørsmål som kan belyse om arbeidssøker vil klare de fysiske oppgavene i stillingen likevel ikke kan være helt fri.

Arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål må for det første begrenses i forhold til hvilke helseopplysninger som er nødvendige i forhold til den aktuelle *stillingen*, og de aktuelle *arbeidsoppgaver*. Noen yrker er fysisk krevende og trenger arbeidstakere med god helse og fysikk, mens andre yrker lettere kan utføres av arbeidstakere som også har helseproblemer. Hvilke helseopplysninger som er nødvendige for å avklare om arbeidssøker greier de fysiske oppgavene i stillingen, vil således variere fra stilling til stilling. Det naturlige utgangspunkt for å finne hvilke fysiske oppgaver som inngår i stillingen, er å studere stillingsbeskrivelse og utlysningstekst.

⁸⁹ NOU 2004:5 s. 441 og Ot.prp. n. 49 s. 148.

Generelle spørsmål om hvorvidt arbeidssøker vil klare de fysiske oppgavene i stillingen er særlig relevant ved ansettelser til praktiske yrker, hvor det stilles krav til arbeidssøkers helse, fysikk og funksjon. Dette kan være yrker innen offentlig eller privat håndverk, industri, service, helse- og omsorg eller transport. En stilling som elektriker vil for eksempel kreve at arbeidstakeren må være i stand til å arbeide i knestående eller andre ubekvemme stillinger. En hjelpepleier ved et sykehjem vil som regel måtte utføre oppgaver som går på fysisk stell og hjelp til eldre personer, og bør således være i stand til å tåle tunge løft og mye ståing og gange på harde gulv. I forhold til yrker som er fysisk krevende, kan det således i flere tilfeller være nødvendig med visse helseopplysninger om arbeidssøker, for at arbeidsgiver skal kunne vurdere hvorvidt søker vil klare de fysiske oppgavene i stillingen.

Hensynet til arbeidssøkers personvern taler for at arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål rundt søkerens evne til å klare de fysiske oppgavene i stillingen er mer begrenset når arbeidet ikke stiller særskilte fysiske eller funksjonelle krav. For eksempel krever ikke stillingen som saksbehandler ved et trygdekontor eller som revisor i et regnskapsfirma at arbeidstaker er i stadig bevegelse, at han må arbeide i ubekvemme stillinger eller være fysisk sterk og ha god kondisjon. Dokumentbehandling, skriving, telefoning eller deltakelse i møter kan rent helsemessig utføres selv om arbeidstaker har fysiske handikap eller helseplager. I forhold til yrker som er lite fysisk krevende, vil det dermed ikke være nødvendig med særlige helseopplysninger om arbeidssøker for at arbeidsgiver skal kunne vurdere hvorvidt søker vil klare de fysiske oppgavene som inngår i stillingen.⁹⁰ På denne bakgrunn er arbeidets art bestemmende for hvilke helseopplysninger som i det enkelte tilfellet er nødvendig, og som arbeidsgiver kan etterspørre under intervjuet.

⁹⁰ Arbeidsgivers opplysningsbehov vil snarere knytte seg til andre momenter enn søkerens fysiske funksjon og helsetilstand, som for eksempel hans utdanning, tidligere yrkeserfaring eller skriftlig og muntlig fremstillingsevne.

Arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål om hvorvidt arbeidssøker klarer de fysiske oppgavene i stillingen vil videre kunne begrenses i forhold til hvordan arbeidsgiver velger å *utforme* spørsmålene. Spørsmål om hvorledes arbeidssøker vil klare de fysiske arbeidsoppgavene i stillingen kan formuleres på en generell og åpen måte, eller på en mer direkte og konkret måte. Det må antas at arbeidsgiver bør trekke et skille mellom de mer generelle spørsmål som skal belyse om arbeidssøker vil greie de fysiske oppgavene, og de mer konkrete og direkte spørsmål som i større grad retter seg inn mot arbeidssøkerens helseforhold.

Det antas at arbeidsgiver under intervjuet bør kunne redegjøre for de oppgaver i stillingen som innebærer særlige krav til fysikk, kondisjon eller bevegelsesevne, og deretter spørre arbeidssøker generelt om han mener han vil greie dette. Arbeidsgiver må for eksempel også kunne spørre arbeidssøker til en stilling som hjelpepleier om søker mener seg i stand til å klare tunge løft og annet tungt fysisk stell som inngår i stillingen. Arbeidsgiver bør videre kunne spørre søker til stillingen som bygningsarbeider om han fysisk er i stand til å bære materialer, murstein og andre tunge bygningselementer rundt om på byggeplassen, om han vil klare å arbeide i stilaser, eller om han greier å håndtere tyngre boreutstyr. Selv om disse generelle spørsmålene kan generere opplysninger om arbeidssøkerens helse, legger de ikke opp til å hente inn konkrete helseopplysninger utover det som er nødvendig for å vurdere om arbeidssøker er i stand til å klare de fysiske oppgavene i stillingen. De generelle spørsmålene bør kunne besvares tilfredsstillende, uten at arbeidssøker må gå i detalj eller gi fra seg helseopplysninger utover det som er nødvendig eller relevant for den aktuelle stillingen.⁹¹ Arbeidsgivers legitime behov for informasjon om arbeidssøkers evne til å greie oppgavene i stillingen blir således oppfylt, samtidig som arbeidssøkers behov for å holde sensitive opplysninger om sin helse for seg selv ikke blir krenket.

Spørsmål som er utformet på en konkret og direkte måte er i større grad problematisk i forhold til begrensingen i aml § 9-3 (1) enn de mer generelt utformede spørsmålene.

⁹¹ Om helseopplysninger utover det arbeidsgiver etterspør (overskuddsinformasjon) i punkt 3.3.1.

Det må for eksempel antas at arbeidsgiver i henhold til aml § 9-3 (1) ikke kan spørre søker til stilling som renholder direkte om han lider av eksem, allergier eller astma som forverres ved renholdsarbeidet. Arbeidsgiver kan si at arbeidet innebærer kontakt med støv, damp og stoffer, men han har ikke adgang til å følge opp dette med å spørre konkret om arbeidssøkeren blir syk av slik eksponering. Arbeidsgiver kan si at det er vanlig at renholdsarbeidere har plager relatert til muskel- og skjellettapparatet, men han kan ikke deretter spørre direkte om arbeidssøker også har slike plager.

De helseopplysninger som arbeidsgiver konkret etterspør i eksemplet ovenfor, er i utgangspunktet relevante for de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. De må likevel antas å være mer detaljerte enn det som er strengt nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne vurdere om søkeren generelt greier de fysiske oppgavene i stillingen som renholder. Arbeidsevnen⁹² i fysiske krevende yrker som renholder, hjelpepleier eller som vaktmester kan være stor, selv om arbeidssøkeren for eksempel har luftveisplager eller kroppslig slitasje. Konkrete opplysninger om at søkeren har disse helseplagene er således ikke strengt nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne vurdere arbeidssøkers skikkethet for stillingen. Det antas videre at spørsmål som på en direkte og konkret måte legger opp til å innhente spesifikke helseopplysninger om arbeidssøker utover det strengt nødvendige, må anses som et unødvendig inngrep i arbeidssøkers private sfære, jf. også SP art. 17.

Personverninteresser taler videre for at arbeidsgiver heller ikke kan ha adgang til å spørre arbeidssøker om han har helseproblemer som *ikke påvirker evnen* til å klare de fysiske oppgavene i stillingen. Opplysninger om helseproblemer og sykdom som ikke har noe å si

⁹² I folketrygdløven § 12-7 første ledd er evnen til å utføre inntektsgivende arbeid definert som *inntektsevne*, mens uttrykket *arbeidsevne* er forbeholdt evnen til å utføre arbeid i hjemmet, jf. ftl. § 12-8. Her bruker jeg ordet arbeidsevne istedet for inntektsevne, fordi det i oppgavens sammenheng høres mer naturlig ut. Det er ingen direkte sammenheng mellom graden av sykdom/helseplager og arbeidsevne. Den enkeltes arbeidsevne må måles mot et yrke (arbeidsevnen er relativ). For eksempel kan bruker av rullestol ha 100% arbeidsevne i stilling som saksbehandler, mens arbeidsevnen som portør på et sykehus eller som bygningsarbeider er svært liten.

for arbeidsevnen, har ingen relevans for stillingen og må således regnes som utenforliggende informasjon. Arbeidssøker må ha rett til å verne om helseopplysninger som arbeidsgiver ikke har et saklig behov for å kjenne til.⁹³

Skillet mellom arbeidsgiverens generelle og mer konkrete spørsmål ser i flere tilfeller ut til å falle sammen med grensen for hva som er nødvendig eller unødvendig helseopplysning etter aml § 9-3 (1). Generelle spørsmål om hvorvidt arbeidssøker greier de fysiske oppgavene i stillingen, og som gir søker mulighet for å svare tilfredsstillende uten å måtte fremlegge opplysninger om sin egen helse, må som utgangspunkt være tillatt. Motsatt skal det forholdsvis mye til før arbeidsgiver har adgang til å stille arbeidssøker konkrete og direkte spørsmål om hans helseforhold for å avklare hvorvidt han vil klare stillingens fysiske oppgaver. Konkrete opplysninger om bestemte helseplager har som regel liten informasjonsverdi, og er således ikke nødvendig i forhold til den generelle vurdering av arbeidssøkers skikkethet og egnethet som arbeidsgiver skal foreta under ansettelsen. På denne bakgrunn har arbeidsgiver et forholdsvis begrenset behov for spesifikke og konkrete helseopplysninger.

Det er i forarbeidene ikke kommentert i hvilken utstrekning arbeidsgiver kan spørre om arbeidssøker vil greie de psykiske krav stillingen medfører. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.3.3.4.

3.3.3.2 Om forhold som har betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet

Med bakgrunn i forarbeidenes eksempler har arbeidsgiver videre adgang til å spørre om arbeidssøkeren vet om forhold som vil kunne ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet.

⁹³ Jf. også saklighetskravet etter aml § 9-1 (1).

Jeg legger til grunn at det med uttrykket *forhold* siktes til helseforhold ved arbeidssøkeren selv.⁹⁴

Som under punkt 3.3.3.1 må det antas at arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål for å avklare hvorvidt det er forhold ved arbeidssøker som har betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet ikke kan være helt fri. Jeg skal først se på arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål om tilpasning i forhold til den fysiske delen av arbeidsmiljøet.

Arbeidsgivers adgang til å stille arbeidssøker spørsmål om behov for tilpasning eller tilrettelegging av det fysiske arbeidsmiljøet vil for det første kunne begrenses i forhold til hvordan spørsmålene utformes. *Formulering* av generelle og åpne spørsmål retter seg i større grad mot hvilke elementer i det fysiske arbeidsmiljøet som skal tilpasses, enn mot selve den helsemessige årsaken til tilpasningsbehovet. I forhold til generelle spørsmål, må det antas at arbeidsgiver i medhold av aml § 9-3 (1) må kunne spørre arbeidssøker til stilling som saksbehandler om han for eksempel trenger skjerming fra telefoner, eller spesialtilpasset datautstyr. Videre må han kunne spørre arbeidssøker til en stilling som yrkesssjåfør for langtransport om han har behov for ekstraustyr i forbindelse med lastning- og lossingsarbeid, eller om han trenger spesielle tilpasninger i førerhuset. I forhold til yrker som innebærer eksponering for stoffer, lukter og gasser mv, må arbeidsgiver kunne gjøre rede for hva arbeidet medfører av miljømessige belastninger, og deretter spørre om arbeidssøker vet om forhold som har betydning for å tilpasse dette.

Disse generelle spørsmålene *kan* i noen grad generere opplysninger som bidrar til å kartlegge arbeidssøkers fysiske helse. Spørsmålene er imidlertid åpne på den måten at de ikke legger opp til å hente inn helseopplysninger om arbeidssøker utover det som er strengt

⁹⁴ De spørsmål som forarbeidene oppgir som tillatte, er spørsmål knyttet til innhenting av *helseopplysninger* om arbeidssøker. På denne bakgrunn antar jeg at det med uttrykket ”forhold” i forarbeidene siktes til *forhold ved arbeidssøkerens helse*, og ikke til andre forhold ved ham, som for eksempel hans holdninger til å ha en kvinnelig sjef, hans meninger om kommunikasjon på arbeidsplassen eller hans behov for tilpasset arbeidstid på grunn av funksjonshemmet barn eller at han tar videreutdanning.

nødvendig for å avklare et tilpasningsbehov. De generelle spørsmålene kan besvares tilfredsstillende av arbeidssøker uten at han må komme inn på selve årsaken til de ulike tilretteleggings- eller tilpasningsbehovene.⁹⁵ Spørsmålene innebærer således ikke innhenting av helseopplysninger i strid med nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1).⁹⁶

Derimot kan arbeidsgiver under intervjuet for eksempel ikke spørre arbeidssøker konkret om han har allergi for parfymer og andre sterke lukter som gjør at kollegaer og nærmiljøet på arbeidsplassen må vise særlige hensyn. Arbeidsgiver kan heller ikke ha adgang til å spørre søker til stilling som saksbehandler konkret om han har redusert syn, nedsatt hørsel eller andre funksjonelle begrensninger som gir behov for tilrettelegging på arbeidsplassen. Videre må det antas at arbeidsgiver ikke kan be arbeidssøker konkret om å gjøre rede for bestemte helseproblemer som han har, eller fortelle om sykdom hos seg selv som medfører behov for tilrettelegging eller spesialutstyr. Spørsmålene legger i stor grad opp til å innhente helseopplysninger som både går utover det som er strengt nødvendig for å avklare eventuelle tilpasningsbehov i det fysiske arbeidsmiljøet, og hvorvidt arbeidssøker generelt vil kunne utføre de arbeidsoppgaver som er knyttet til stillingene. Spørsmålene kommer således i strid med begrensningen i aml § 9-3 (1).

Det kan stilles spørsmål om arbeidsgiver likevel må ha adgang til å innhente konkrete opplysninger om arbeidssøkers helseforhold dersom *formålet* med spørsmålene er å forebygge eller redusere risiko for fysisk fare eller skade i arbeidet.⁹⁷ Dersom arbeidet innebærer eksponering for støv, stoffer, lukter, gasser, damp ol. som er uheldig for arbeidstakere med allergier, eksem eller luftveisplager, kan det for arbeidsgiver være viktig å få kunnskap om slike helseplager på et tidlig tidspunkt, slik at arbeidet kan tilrettelegges best mulig for den nyansatte.⁹⁸

⁹⁵ Om helseopplysninger ut over det arbeidsgiver etterspør (overskuddsinformasjon) i punkt 3.3.1.

⁹⁶ Jf. punkt 3.3.1 om at helseopplysninger utover det arbeidsgiver etterspør ikke kan anses å være *innhentet* av arbeidsgiver etter aml § 9-3 (1).

⁹⁷ Om krav til et forsvarlig fysisk og psykososialt arbeidsmiljø i arbeidsmiljøloven kapittel 4.

⁹⁸ Malingsarbeid, isoleringsarbeid, arbeid ved trykkeri eller vaskeri, utearbeid i Vegvesenet (Mesta)

Innhenting av helseopplysninger av hensyn til arbeidssøkers helse eller velferd må kunne sies å være innhenting med saklig formål.⁹⁹ Opplysninger om allergier, eksem eller luftveislager er isolert sett også relevante for det arbeidet som skal utføres, idet evnen til å utføre arbeidsoppgavene kan bli påvirket av arbeidssøkers helseforhold. Imidlertid taler formålet ved aml § 9-3 (1) om ikke-diskriminering av arbeidssøkere med helseplager, og hensynet til arbeidssøkers behov for å verne om sensitiv informasjon om seg selv, for at arbeidsgiver ikke bør ha adgang til å be om at søkeren fremlegger slike konkrete og spesifikke helseopplysninger allerede under ansettelsesprosessen.¹⁰⁰

Et annet interessant tilfelle er om arbeidsgiver har adgang til å spørre arbeidssøker konkret om han har (smittsom) sykdom som gjør at det må tas ekstra fysiske *forhåndsregler* på arbeidsplassen, eller under utførelsen av arbeidet. I slike tilfeller står arbeidssøkers behov for personvern både mot arbeidsgivers behov for informasjon om mulige tilpasningsbehov, arbeidsgivers plikt til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø¹⁰¹, og hans plikt til å sikre at brukere og publikum får sine rettigheter og behov tilstrekkelig ivaretatt.

For eksempel vil en del brukere oppleve det som problematisk dersom en person med Hiv-smitte eller hepatitt B arbeider i barnehage eller i den kommunale hjemmetjenesten, med blant annet hjemmebesøk hos eldre, vask og stell, matlaging og ordning av medisiner. Både hensynet til arbeidsgivers behov for informasjon og hensynet til hans generelle ansvar for brukernes/publikums rettigheter, taler for at han under ansettelsesintervjuet bør ha adgang til å spørre generelt om arbeidssøker vet om helseforhold som gjør at det må tas

⁹⁹ Jf. også saklighetskravet i aml § 9-1 (1).

¹⁰⁰ Det kan være enklere å kartlegge de ulike behov for tilpasning og tilrettelegging etter ansettelsen, jf. også siste avsnitt i dette punktet.

¹⁰¹ Jf. aml § 4-1 (1) og (2).

spesielle fysiske forhåndsregler under utførelsen av arbeidet. Det antas at arbeidsgiver ikke kan spørre arbeidssøker konkret om han har en smittsom sykdom.¹⁰²

Selv om arbeidsgiver har en saklig og godt begrunnet interesse i å få utfyllende kunnskap om mulige tilpasningsbehov, må det likevel kunne legges til grunn at han i henhold til aml § 9-3 (1) ikke har adgang til å stille arbeidssøkeren konkrete og direkte spørsmål som retter seg inn mot selve den helsemessige årsaken til tilpasningsbehovet. Skillet mellom generelle og konkrete spørsmål bør således også gjelde i forhold til arbeidsgivers *formål* med å stille spørsmål om tilpasning av arbeidsmiljøet.

I forhold til arbeidssøkers behov for tilpasning og tilrettelegging, blir det ofte fokusert på den fysiske delen av arbeidsmiljøet. Det er ikke kommentert i forarbeidene hvorvidt arbeidsgivers spørsmål om tilpasning bare skal omhandle det fysiske arbeidsmiljøet, eller om de også kan dreie seg om det *psykososiale arbeidsmiljøet*.¹⁰³ Det kan imidlertid tenkes forhold ved arbeidssøker som innebærer spesielle behov for tilpasning eller tilrettelegging av det psykososiale arbeidsmiljøet, og jeg skal helt kort se på et par eksempler.

Adgangen til å stille spørsmål om forhold ved arbeidssøker som kan ha betydning for å tilpasse det psykososiale arbeidsmiljøet vil, som ved spørsmål om behov for tilpasning av det fysiske arbeidsmiljøet, kunne begrenses i forhold til måten arbeidsgiver *formulerer* spørsmålene på. Arbeidsgiver må for eksempel kunne spørre om arbeidssøker generelt har et behov for arbeide i et rolig eller skjermet arbeidsmiljø, eller om det er bestemte arbeidsoppgaver i stillingen han foretrekker fremfor andre andre oppgaver. Arbeidssøker

¹⁰² NOU 2004:5 s. 427 og Arbeidsrett.no s. 366 note 10. I Rt. 1988 s. 959 (Hiv-dommen) kom Høyesterett til at arbeidsgivers avskjed av en hivsmittet ikke var rettmessig og at det ikke var saklig grunn til å si opp arbeidstakeren på grunn av smittefare eller frykt for smittefare. I og med at bedriften ikke hadde saklig grunn til å si opp arbeidstakeren, er det nærliggende å slutte at at bedriften også ville vært avskåret fra å stille spørsmål og be om dokumentasjon i forhold til hiv og aids. I følge underutvalgets rapport vil dette trolig gjelde generelt i arbeidslivet. Dommen gjaldt sakligheten av oppsigelse, og det er således ikke sikkert at dommen har overføringsverdi til ansettelsessaker.

¹⁰³ Krav til det psykososiale og det fysiske arbeidsmiljøet fremgår av aml § 4-3 og § 4-4.

kan for eksempel ha ønske om liten direkte kontakt med kunder eller klienter på grunn av tidligere opplevelser på arbeidsplassen.¹⁰⁴ Det må antas at arbeidsgiver imidlertid ikke har adgang til å spørre konkret om arbeidssøker for eksempel har fobier, sosial angst eller andre psykiske helseplager som krever at det tas spesielle hensyn, da dette er å be om helseopplysninger utover det som er strengt nødvendig for å kunne tilpasse det psykososiale arbeidsmiljøet. Direkte og konkrete spørsmål om forhold som kan ha betydning for å tilpasse det psykososiale arbeidsmiljøet er således ikke tillatt etter aml § 9-3 (1).

Det kan stilles spørsmål om hvor praktisk relevant det er at arbeidsgiver allerede under ansettelsesintervjuet spør arbeidssøker om han har behov for tilpasning eller tilrettelegging av det fysiske eller psykososiale arbeidsmiljøet. Ofte skjer tilrettelegging av arbeidsmiljøet *etter* at arbeidssøker er ansatt, fordi de ulike behovene for tilpasning først blir synlige etter at man har fungert en tid i stillingen.

3.3.3.3 Om sykdom eller helseplager som er uforenlig med stillingen

I følge forarbeidene har arbeidsgiver også adgang til å spørre om arbeidssøker lider av sykdom eller har helseproblemer som er uforenlig med den aktuelle stillingen. Det er i forarbeidene ikke gitt noen nærmere definisjon av uttrykket *uforenlig*. Det antas at uttrykket uforenlig i juridisk sammenheng må tolkes strengt.

Det er ikke alle helseopplysninger som er nødvendige eller relevante for å avklare hvorvidt arbeidssøker har sykdom eller helseplager som er uforenlige med arbeidet. Dette setter grenser for hvilke helseopplysninger arbeidsgiver kan innhente, og hvilke spørsmål han kan stille arbeidssøker under intervjuet.

¹⁰⁴ Det er eksempler på at ansatte ved sosialkontor, arbeidskontor og legekantor har vært utsatt for trusler og vold av sinte, ustabile eller psykisk syke klienter. Enkelte ansatte ved bensinstasjoner eller ved post- og bankfilialer har vært utsatt for ran på arbeidsplassen, og har i etterkant hatt vansker med å sitte i skranke eller betjene publikum over disk.

For det første vil kravene til arbeidssøkers helse og funksjon som tidligere nevnt variere i forhold til ulike *yrker* og *arbeidsoppgaver*. Det vil dermed også variere fra stilling til stilling hvilke helseforhold ved arbeidssøker som kan være uforenlige med stillingen. Forarbeidene kommenterer ikke hvor mye som skal til for å konstatere at arbeidssøkers sykdom eller helseplager er uforenlig med en stilling. I det praktiske liv vil det således være opp til arbeidsgiver å definere nærmere hvor grensen for det uforenlige går.¹⁰⁵ De fleste arbeidstakere kan imidlertid med litt tilrettelegging utføre svært mange arbeidsoppgaver. Utgangspunktet må derfor være at *det skal mye til* før arbeidsgiver kan konstaterte at arbeidssøkerens sykdom eller helseplager er uforenlig med stillingen. Tilfeller som kan illustrere det uforenlige, er for eksempel at en rullestolbruker vanskelig vil kunne fungere som bygningsarbeider på en større utendørs byggeplass. Videre kan en arbeidssøker med redusert syn eller dårlig kontrollert epilepsi ikke arbeide som sjåfør.

Videre kan også arbeidsgivers måte å *utforme* spørsmålene på, i enkelte sammenhenger få betydning for om de må anses som innhenting av helseopplysninger i strid med begrensingen i aml § 9-3 (1). Det er imidlertid ikke så mange alternative måter arbeidsgiver kan formulere spørsmål om uforenlighet på, uten å bli direkte og konkret. Sannsynligvis vil det være tilstrekkelig for å innhente de nødvendige helseopplysninger at arbeidsgiver utformer spørsmålet på den generelle måten det er gjort i forarbeidene, som er hvorvidt arbeidssøker ”... *lider av en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stilling*”.¹⁰⁶ Spørsmålet er åpent i den forstand at det kan besvares tilfredsstillende uten at arbeidssøker må komme inn på hvilke konkrete helseplager han har. På denne måten blir både arbeidsgivers behov for å avklare de helsemessige forutsetninger hos arbeidssøkeren, og arbeidssøkers behov for å verne om sensitive opplysninger om seg selv ivaretatt.

¹⁰⁵ Arbeidsgivers mulighet i praksis til å definere nærmere hvilke helseplager som er uforenlig med en stilling, kan være problematisk i forhold til formålet med aml § 9-3 (1) om likebehandling og ikke-diskriminering av arbeidssøkere.

¹⁰⁶ NOU 2004:5 s. 441 og Ot.prp. nr. 49 s. 148.

Man må kunne legge til grunn at de færreste søker seg til stillinger som de vet at de av helsemessige årsaker åpenbart ikke kan klare.¹⁰⁷ På denne bakgrunn er spørsmålet som forarbeidene tillater om hvorvidt arbeidssøker har sykdom som er uforenlig med stillingen kanskje ikke så praktisk relevant. Spørsmålet kan likevel bidra til at arbeidsgiver kan luke ut arbeidssøkere som av ulike grunner overvurderer sine evner til å takle de fysiske og psykiske utfordringene som stillingen byr på.

3.3.3.4 Om arbeidssøkers psykiske helse

Lovforarbeidene sier ikke noe om hvorvidt arbeidsgiver skal ha adgang til å spørre om arbeidssøker er i stand til å mestre de psykiske krav stillingen medfører. Opplysninger om arbeidssøkers psykiske helseforhold og mestringsevne er imidlertid for mange stillinger minst like relevant som opplysninger om hvorvidt arbeidssøker vil klare de fysiske oppgavene i stillingen. Det første som må avklares er hvilke opplysninger om arbeidssøkers psykiske helse som er nødvendige i forhold til de arbeidsoppgaver som er knyttet til stillingen, jf. aml § 9-3 (1). Det neste som må avklares er hvilke spørsmål arbeidsgiver kan stille arbeidssøker for å innhente de nødvendige helseopplysninger om arbeidssøkers psykiske helse.

Hvilke opplysninger om arbeidssøkers psykiske helse som er nødvendig vil kunne variere både i forhold til de ulike typer *stillinger*, og i forhold til hvilke konkrete *arbeidsoppgaver* og spesielle utfordringer som tilligger den bestemte stillingen.

For eksempel vil en stilling som rådmann kreve at innehaver av stillingen har en relativt robust psykisk helse, med evne til å tåle omstilling, konflikter og kritikk. Det vil også være krav om forholdsvis sterk psykisk helse for å arbeide som saksbehandler innen barnevernet,

¹⁰⁷ Det generelle spørsmål om uforenlighet legger i stor grad ansvaret for korrekte opplysninger over på arbeidssøker. Dersom arbeidssøker bevisst velger å gi arbeidsgiver ukorrekt informasjon om sin egen helse, og de ukorrekte opplysningene bidrar til at han blir ansatt i den aktuelle stillingen, kan det gi grunnlag for senere oppsigelse (bristende forutsetning for arbeidsavtalen).

eller som omsorgsarbeider innen psykisk helsevern. I forhold til andre yrker hvor arbeidsoppgavene er av en mer fysisk karakter, er det mindre relevant og som regel ikke nødvendig for arbeidsgiver å innhente opplysninger om arbeidssøkers psykiske helse. Arbeidets art vil på denne bakgrunn være bestemmende for hvilke opplysninger om arbeidssøkers psykisk helse som er nødvendige, og som etter aml § 9-3 (1) vil kunne innhentes under intervjuet med arbeidssøker.

Selv om det er snakk om ansettelse til en stilling som stiller krav til arbeidssøkers psykiske helse, kan arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål som dreier seg om arbeidssøkerens psykiske helseforhold ikke være fri. Det må antas at arbeidsgivers adgang til å forhøre seg om arbeidssøkerens psykiske helse også må begrenses gjennom måten han *utformer* sine spørsmål på. I forhold til generelle spørsmål, må arbeidsgiver for eksempel ved ansettelse av en ny rådmann kunne redegjøre for det konfliktnivået som kan forventes, eventuelt vise til tidligere erfaringer i rådmannsarbeidet, og deretter spørre generelt om arbeidssøker mener seg i stand til å mestre dette. Arbeidsgiver må videre kunne spørre om arbeidssøker føler seg psykisk rustet til å håndtere de faglige og personelle utfordringer som kan oppstå i kommunen eller i staben rundt rådmannen. Likeledes må arbeidsgiver kunne spørre om arbeidssøker til stillinger innen barnevernet eller psykisk helsevern for eksempel er i stand til å tåle stress, høyt arbeidstempo eller utålmodige og sinte brukere/klienter. Det må også antas at arbeidsgiver under intervjuene kan redegjøre for ulike situasjoner¹⁰⁸ som kan oppstå under arbeidet som krever bestemte psykiske egenskaper¹⁰⁹ hos arbeidstakerne, og deretter spørre om arbeidssøker mener han vil greie dette.

Disse generelle spørsmålene legger ikke opp til å innhente konkrete opplysninger om arbeidssøkers psykiske helse, men søker å gi arbeidsgiver informasjon om arbeidssøkers evne til å håndtere oppgaver og situasjoner som kan være psykisk krevende. Således kan

¹⁰⁸ Eksempel på en psykisk krevende situasjon innen barnevernet, kan være å tvangshente barn ut av foreldrehjemmet på grunn av omsorgssvikt. Innen psykisk helsevern kan det oppstå situasjoner med sinne og fysisk utagering blant brukerne.

¹⁰⁹ Dette kan nok i mange tilfeller omtales som *personlige* egenskaper, jf. nest siste avsnitt i dette punktet.

generelle og åpne spørsmål om psykisk helse besvares tilfredsstillende, uten at arbeidssøker må fremlegge sensitive opplysninger om seg selv, og slik at hans behov for privatliv og personvern blir ivaretatt. I denne sammenheng bør det bemerkes at arbeidssøker kan føle det mer belastende eller krenkende å måtte svare på spørsmål om sin psykiske helse enn spørsmål om mer fysisk betingede helseplager, selv om dette gjøres i helt generelle vendinger.¹¹⁰

Det må antas at arbeidsgivers adgang til å stille konkrete og direkte spørsmål om arbeidssøkerens psykiske helse er mer begrenset. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke spørre konkret om arbeidssøker har eller har hatt psykiske plager som depresjon eller angst, om han får eller har fått behandling for slike plager, eller om det er bestemte psykiske lidelser i hans familie. Hensynet til arbeidssøkerens personvern og personlige integritet taler også for at arbeidsgiver heller ikke kan stille konkrete spørsmål om arbeidssøker for eksempel får psykiske reaksjoner dersom det oppstår konflikter på jobben, om han er plaget av nerver, eller om han har lett for å gråte eller isolere seg hvis han får kritikk.

I relasjon til innhenting av psykiske helseopplysninger etter aml § 9-3 (1), kan det være vanskelig å skille mellom når arbeidsgiver spør om psykiske helseforhold ved arbeidssøker, og når han spør om arbeidssøkers personlige kvaliteter og *egenskaper*. Dette kan komme av at det ikke er noe skarpt skille mellom en persons psykiske helse og hans personlige egenskaper. For eksempel kan spørsmål om hva som gjør arbeidssøker sliten, frustrert og opprørt, eller spørsmål om hvordan han reagerer når han føler seg misforstått eller urettferdig behandlet, generere både opplysninger om hans personlige egenskaper, og opplysninger om hans psykiske helse. Likeledes kan spørsmål om hvilke situasjoner i arbeidet som gjør arbeidssøker redd, glad, trist, skeptisk, irritert, ukonsentrert eller irrasjonell, bidra til å kartlegge både søkerens egenskaper, og søkerens psykiske natur.

¹¹⁰ I noen sammenhenger er det fortsatt tabu- eller skambelagt å ha en psykisk lidelse eller psykiske plager.

Det er på denne bakgrunn noe usikkert hvor langt arbeidsgiver kan gå i å spørre om slike personlige forhold eller følelser hos arbeidssøker, uten å samtidig krenke søkerens rett til privatliv og personvern. En måte arbeidsgiver kan innhente opplysninger om arbeidssøkers egenskaper på, er å fortelle om situasjoner og utfordringer som kan oppstå på den aktuelle arbeidsplassen, og deretter be arbeidssøker gjøre rede for hva han tenker om slike situasjoner, og hvordan han tror han vil takle dem. Det vil da være opp til søkeren selv hvor åpen han ønsker å være om sine personlige egenskaper eller sin psykiske helse. På denne måten blir hans personvern bedre ivaretatt.

I relasjon til innhenting av opplysninger også om arbeidssøkers psykiske helse, bør det trekkes et skille mellom generelle og mer konkrete spørsmål, hvor de konkrete og direkte spørsmål i større grad enn de generelle spørsmål kan komme i konflikt med både begrensingen i aml § 9-3 (1), og arbeidssøkers rett til personvern og personlig integritet.

3.3.3.5 Om håndtering av arbeidsoppgaver i tidligere stilling

Informasjon om hvordan arbeidssøker fungerer i jobbsammenheng kan belyse hvorvidt han har de riktige egenskaper for å tre inn i den aktuelle stillingen. Dette tilsier at arbeidsgiver bør ha adgang til å forhøre seg nærmere om søkerens håndtering av arbeidsoppgaver i tidligere arbeidsforhold.¹¹¹ Spørsmål om tidligere arbeidserfaringer er ikke konkret innhenting av helseopplysninger og rammes således ikke direkte av begrensingen i aml § 9-3 (1). Spørsmål om arbeidssøkers håndtering av oppgaver i tidligere stillinger kan likevel medføre at det direkte eller indirekte blir generert opplysninger om søkerens tidligere eller nåværende helse. På denne bakgrunn er det aktuelt å se nærmere på hvorvidt nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1) setter begrensinger for arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål om arbeidssøkers tidligere arbeidserfaringer.

¹¹¹ Det finnes ingen bestemmelse i lovverket som setter forbud mot å forhøre seg om hvordan søker har fungert i tidligere arbeidsforhold. Adgangen til å stille spørsmål må antas å være begrenset av prinsipper om saklighet, nødvendighet og personvernshensyn.

Det må som nevnt antas at arbeidsgiver i relasjon til aml § 9-3 (1) har en forholdsvis vid adgang til å spørre arbeidssøker om tidligere arbeidserfaringer, da dette i utgangspunktet er innhenting av andre opplysninger enn helseopplysninger. Arbeidsgiver kan for eksempel spørre arbeidssøkeren om hvilke arbeidsoppgaver arbeidssøker vanligvis utførte, eller hvordan han på generell basis taklet de fysiske og psykiske utfordringer i den tidligere stillingen. Arbeidsgiver må videre kunne spørre arbeidssøker om det var enkelte oppgaver som han av ulike årsaker syntes var vanskelig eller særlig utfordrende å utføre. Generelle spørsmål om søkerens håndtering av tidligere stillinger og arbeidsoppgaver bør kunne besvares tilfredsstillende, uten at arbeidssøker må gi fra seg opplysninger om egen helse.

Det antas at arbeidsgivers adgang til å spørre om arbeidssøkers fungering i tidligere arbeidsforhold likevel er begrenset dersom han *utformer* spørsmål som i større grad retter seg konkret mot søkerens helseforhold. For eksempel må det antas at arbeidsgiver etter aml § 9-3 (1) ikke kan ha adgang til å spørre direkte om søker hadde for dårlig helse til å klare de oppgaver som forrige stilling innebar, eller om hans håndtering av arbeidsoppgavene var mangelfull på grunn av sykdom eller høyt sykefravær. Videre har han ikke adgang til å spørre arbeidssøker konkret om han har fått psykiske reaksjoner som følge av bestemte arbeidsrelaterte situasjoner eller oppgaver, eller om han noen gang har sluttet i en stilling på grunn av fysiske eller psykiske helseplager. Spørsmål om arbeidssøker har godkjent yrkesskade eller yrkessykdom, eller om han har vært utsatt for arbeidsulykker, vil også i de fleste tilfeller være innhenting av helseopplysninger som kommer i strid med nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1).

Hensynet til arbeidssøkers personvern taler for at arbeidsgiver ikke har adgang til å etterspørre helseopplysninger i forbindelse med tidligere arbeid som ikke er strengt nødvendige for å avklare søkerens kompetanse eller egnethet for den nye stillingen. Konkrete opplysninger om dårlig helse eller høyt sykefravær i forhold til de tidligere stillinger, anses verken som relevant eller strengt nødvendig etter aml § 9-3 (1) for at arbeidsgiver skal kunne vurdere søkerens generelle kompetanse og egnethet for en ny stilling.

3.3.3.6 Om graviditet, medisinbruk, sykefravær eller risiko for sykdom

I forarbeidene til aml § 9-3 (1) er det lagt til grunn at opplysninger om graviditet, bruk av medisiner, sykefravær eller vurdering av risiko for sykdom er helseopplysninger.¹¹²

Det rettslige utgangspunkt etter forarbeidene til aml § 9-3 (1), er at arbeidsgiver under ansattelsesprosessen ikke har adgang til å hente inn opplysninger om arbeidssøkers eventuelle graviditet, medisinbruk, sykefravær og sykdomsrisiko.

Under intervjuet kan det likevel bli snakk om ting ved arbeidssøker som kan generere opplysninger om disse forholdene. Jeg skal derfor kort se nærmere på de fire forholdene hver for seg, for vurdere hvor grensene for arbeidsgivers spørsmål kan gå, og hvorvidt det kan tenkes tilfeller hvor arbeidsgiver likevel må ha adgang til å spørre arbeidssøker nærmere om dem.

Arbeidsgivers spørsmål om nåværende eller planlagt *graviditet* er innhenting av opplysninger som dreier seg om arbeidssøkerens nåværende eller mulige fremtidige helseforhold. I forarbeidene er det lagt til grunn at det etter gjeldende rett er et absolutt forbud mot å vektlegge arbeidssøkerens graviditet ved ansettelse.¹¹³ Det er heller ikke nødvendig for arbeidsgiver å ha kunnskap om eventuell graviditet hos arbeidssøker for å avklare hvorvidt vedkommende vil greie de arbeidsoppgavene som er knyttet til stillingen. På denne bakgrunn vil spørsmål om graviditet som hovedregel være innhenting av helseopplysning som arbeidsgiver ikke har adgang til etter aml § 9-3 (1).

¹¹² Se NOU 2004:5 s. 426 og 442.

¹¹³ NOU 2004:5 s. 426. I Rt. 1988 s. 766 la Høyesterett til grunn at det var en bristende forutsetning for arbeidsavtalen at søker ikke hadde opplyst om at hun på grunn av svangerskap bare ville kunne fungere i stillingen i én måned. På bakgrunn av den etterfølgende rettsutvikling, herunder de nye bestemmelsene i aml § 9-3 (1) og aml § 13-4 som skal bidra til å hindre diskriminering av arbeidssøkere, antas det at dommens uttalelser *ikke kan legges til grunn i dag*. Illustrerende for denne utviklingen er EF-domstolens avgjørelse i sak C-109/2000 (Tele-Danmark), hvor domstolen fant at oppsigelse på grunn av manglende opplysninger om graviditet var direkte diskriminerende, og således ugyldig.

Det kan tenkes unntak fra denne regelen dersom arbeidsgiver kan dokumentere at det er behov for opplysningene for å tilrettelegge arbeidsmiljøet el.¹¹⁴ Dersom arbeidet inneholder eksponering for stoffer som påviselig kan være skadelig for foster eller svangerskap, taler dette for at arbeidsgiver bør ha en viss mulighet til å kunne stille spørsmål om graviditet under ansettelsesintervjuet.¹¹⁵ Hensynet til arbeidssøkers personvern og generelle krav om saklighet taler likevel for at arbeidsgiver i slike tilfeller ikke vil kunne stille alle mulige spørsmål om graviditet, som for eksempel om arbeidssøker planlegger å bli gravid, eller om arbeidssøker under tidligere svangerskap har vært mye syk. Dersom arbeidssøker er synlig gravid ved intervjuet, eller hun opplyser om dette forholdet selv, taler arbeidsgiverens behov for planlegging av virksomheten for at han også bør kunne spørre om tid for fødselspermisjon.

Spørsmål om arbeidssøkerens bruk av *medisiner* innebærer spørsmål om forhold som har med hans helsetilstand å gjøre, og legger i noen grad opp til å hente inn konkrete helseopplysninger. For eksempel kan opplysninger om bruk av antidepressiver fortelle at arbeidssøker har psykiske vansker, opplysninger om bruk av blodfortynnende medisiner kan fortelle om høyt blodtrykk eller hjerteproblemer, mens opplysninger om bruk av betennelsesdempende medikamenter kan fortelle at arbeidssøker har leddplager eller reumatisk sykdom. I forhold til de fleste typer stillinger og arbeidsoppgaver er det verken relevant eller nødvendig for arbeidsgiver å vite om de ansatte bruker medisiner, eller hvilke ulike medisiner de ansatte i såfall bruker. På denne bakgrunn må utgangspunktet være at verken generelle eller konkrete spørsmål om arbeidssøkers medisinbruk er tillatt etter aml § 9-3 (1).¹¹⁶ Arbeidsgiver kan heller ikke ha adgang til å spørre arbeidssøker konkret om han

¹¹⁴ NOU 2004:5 s. 427.

¹¹⁵ Det må antas at arbeidsgiver har en generell plikt til å informere om helseskadlige aspekter ved arbeidsmiljøet for arbeidssøker, jf. også plikten til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø for arbeidstakerne etter aml kap. 4.

¹¹⁶ Med hjemmel i aml § 9-4 (1) kan det på visse vilkår iverksettes kontrolltiltak i form av helseundersøkelse av arbeidssøker.

noen gang har misbrukt medisiner, eller om terskelen for å bruke smertestillende medisiner er høy eller lav.

Det kan likevel være yrker hvor det stilles spesielle krav til oppmerksomhet, reaksjonsevne ol. som gjør at bruk av enkelte medisiner¹¹⁷ ikke kan tillates. Ved ansettelse til slike yrker må arbeidsgiver kunne spørre generelt om arbeidssøker bruker medisiner som kan influere på arbeidsevnen.¹¹⁸ Hensynet til arbeidssøker personvern tilsier imidlertid at arbeidsgiver ikke kan spørre konkret om hvilke bestemte medisiner arbeidssøker bruker, da dette jf. ovenfor kan indikere hvilken konkrete helseplager han har.

Arbeidsgivers spørsmål om tidligere *sykefravær* er i følge forarbeidene innhenting av helseopplysninger. Breisteinutvalget mente at arbeidsgiver måtte få adgang til å spørre om sykefravær så lenge han ikke spurte om årsaken til fraværet. Arbeidslivslovutvalget mente imidlertid at det var unaturlig med en slik regel, fordi partene i ansettelsesprosessen da ville komme i en situasjon hvor årsaken til fraværet, selve helseproblemet, likevel ble et tema.¹¹⁹ Departementet var enig i denne vurderingen.¹²⁰ På denne bakgrunn er det naturlig å slutte at arbeidsgiveren ikke har adgang til å stille generelle eller konkrete spørsmål verken om arbeidssøkerens tidligere sykefravær, hans bruk av egenmeldinger eller om eventuelle sykmeldingsperioder eller sykehusopphold.¹²¹

¹¹⁷ For eksempel sterke smertestillende medisiner som paralgin forte, medisiner for psykiske lidelser eller sentralstimulerende medisiner.

¹¹⁸ Dette kan være yrker som innebærer betjening av større maskiner eller større motoriserte kjøretøy med stort skadepotensiale. I mange slike arbeidsforhold vil det imidlertid være krav til sertifisering eller krav om godkjent helseattest, slik at det ikke er nødvendig for arbeidsgiver å innhente opplysningene ved intervju.

¹¹⁹ NOU 2001:4 s 107 og NOU 2004:5 s. 442

¹²⁰ Ot.prp. nr. 49 s. 149.

¹²¹ I Personvernemndas klagesak 2005:6 går det frem at Securitas tidligere bad alle arbeidssøkere om å fylle ut et søknads- og ansettelsesskjema med blant annet opplysninger om sykefravær hos tidligere arbeidsgiver. I Bedriftens personalhåndbok, Gjone, Tor og Aagaard, Erik C, 6.utg, Oslo 2002 s.13 blir det hevdet at det ikke er ulovlig for arbeidsgiver å be om opplysninger om sykefravær. Det er noe usikkert hva som har vært praksis i arbeidslivet vedr. spørsmål om tidligere sykefravær frem til nå.

Det kan i forlengelsen av dette heller ikke være tillatt å spørre arbeidssøker konkret om han har lav terskel for å føle seg syk og bli hjemme fra arbeid. Videre må det antas at arbeidsgiver ikke har adgang til å spørre arbeidssøker om han mottar medisinsk behandling, eller hvor ofte han benytter lege. Selv om opplysningene som her etterspørres i seg selv ikke sier noe om hvilke sykdommer eller helseplager arbeidssøker har eller har hatt, kan opplysningene gi arbeidsgiver mer eller mindre tydelige indikasjoner på, eller bidra til å kartlegge, arbeidssøkers generelle helsetilstand. Spørsmålene legger ikke opp til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker som er nødvendige for å avgjøre hans egnethet eller skikkethet for stillingen, og kan således ikke være tillatt etter aml § 9-3 (1).

Hensynet til arbeidssøkerens personvern og personlige integritet taler videre for at arbeidsgiver ikke kan stille spørsmål eller innhente vurderinger om *risiko* for fremtidige sykdommer eller helseproblemer.¹²² Han kan på denne bakgrunn heller ikke spørre om det er bestemte sykdommer som går igjen i arbeidssøkers familie, om han har friske barn og ektefelle.¹²³ Disse spørsmålene kommer i konflikt med arbeidssøkers rett til privatliv etter EMK art. 8, og legger opp til å innhente personopplysninger som arbeidsgiver verken har rett til å få, eller behov for å kjenne til. Enten det er snakk om ansettelse til en stilling som hjelpepleier, saksbehandler eller annet, vil spørsmål om tidligere sykefravær og risiko for fremtidig sykdom være innhenting av helseopplysninger som går utover det som er relevant og nødvendig for å avgjøre hvorvidt arbeidssøker vil klare arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen. Spørsmålene kommer derfor i strid med nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1).

¹²² Ot.prp. nr. 49 s. 149

¹²³ Det antas at sykdom og helseproblemer i arbeidssøkerens nære familie i mange tilfeller kan påvirke arbeidssøkers egen helse. For eksempel kan belastningen ved å ha en ektefelle med kreft eller et sykt barn medføre økt risiko for at arbeidssøker pådrar seg psykiske plager som angst, depresjon eller søvnløshet.

3.3.3.7 Om sammenstilling av enkeltopplysninger, arbeidssøkers private forhold, og arbeidsgivers formål med spørsmålene

Det er naturlig at arbeidsgiver ønsker å bruke ansettelsesintervjuet til å bli bedre kjent med arbeidssøker som person. På denne bakgrunn stiller arbeidsgiver av og til spørsmål om søkerens personlige bakgrunn, hans daglige liv og andre private forhold. Det er usikkert hvor langt arbeidsgiver kan gå under ansettelsen i å etterspørre opplysninger om arbeidssøker som ikke har med arbeidet eller søkerens yrkeskvalifikasjoner å gjøre. Selv om spørsmål om arbeidssøkers private liv ikke legger opp til å innhente konkrete helseopplysninger om arbeidssøker, kan de likevel generere/bidra til å kartlegge slike opplysninger om ham. På denne bakgrunn er det relevant å vurdere i hvilken utstrekning nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1) kan sette begrensninger i forhold til arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål om arbeidssøkers private forhold.

Et eksempel er at arbeidsgiver stiller arbeidssøkeren spørsmål om hans vaner, aktiviteter eller livsstil. Arbeidsgiver kan for eksempel spørre om arbeidssøker røyker, om han trener eller er opptatt av trening, eller om han er opptatt av kosthold.¹²⁴ Det er heller ikke uvanlig at arbeidsgiver spør arbeidssøker om hans forhold til alkohol. Videre kan arbeidsgiver be arbeidssøker om å redegjøre for sin familiære status, om antall barn og deres alder, eller om ektefellen er i arbeid.¹²⁵

Opplysninger om hvorvidt arbeidssøker røyker, trener eller spiser sunt, bør anses som opplysninger om aktiviteter eller vaner som *kan få betydning* for søkerens helseforhold, og

¹²⁴ Enkelte arbeidsgivere ønsker ikke å ansette folk som røyker. Fra 02.12.05 ansetter Verdens helseorganisasjon (WHO) ikke lenger personer som i ansettelsesintervjuet oppgir at de røyker, bruker snus eller skrå (se elektroniske dok.)

¹²⁵ Arbeidsrett.no s. 354 note 10. Datatilsynet har utarbeidet en liste over hvilke typer opplysninger arbeidsgiver kan *behandle* uten samtykke fra den registrerte, dvs. arbeidstaker. Dette er bl.a. opplysninger om sivilstand, antall barn og barnas fødselsår, og opplysninger om søkers utdanning og praksis. Da arbeidsgiver har lov til å behandle slike opplysninger om arbeidstakers bakgrunn og private liv, legger jeg til grunn at arbeidsgiver også må ha lov til å *spørre* seg om slike forhold under ansettelsesprosessen.

ikke som helseopplysninger i seg selv. Spørsmålene ovenfor er isolert sett ikke innhenting av helseopplysninger, og kommer enkeltvis ikke i strid med begrensningen i aml § 9-3 (1).¹²⁶ Dersom arbeidsgiver stiller flere slike spørsmål om arbeidssøkers private forhold, kan imidlertid *sammenstillingen av de enkelte opplysninger* om røyking, kosthold, treningsvaner, interesser og sosial status til sammen gi arbeidsgiver indikasjoner på, og bidra til å kartlegge arbeidssøkerens generelle helsetilstand.

Hvorvidt en slik sammenstilling av enkeltopplysninger er i strid med begrensningen i aml § 9-3 (1), er ikke kommentert i forarbeidene. Det må kunne antas at arbeidsgivers *formål* med å stille spørsmålene om arbeidssøkers private forhold kan få betydning for hvorvidt de må anses som innhenting av helseopplysninger i strid med aml § 9-3 (1).

Dersom *formålet* med arbeidsgivers ulike spørsmål om kosthold, livsstil eller familieliv er å skaffe seg kunnskap om arbeidssøkers tidligere eller nåværende helse, eller om hans sårbarhet for sykdom og risiko for sykefravær, taler dette for at spørsmålene er i strid med begrensningen aml § 9-3 (1). Dersom formålet med spørsmålene om arbeidssøkers private forhold er å bli bedre kjent med arbeidssøker som person, taler dette for at spørsmålene ikke kan anses som innhenting av helseopplysninger i strid med aml § 9-3 (1). Det kan imidlertid bli vanskelig å dokumentere hvilket formål som egentlig ligger til grunn for arbeidsgivers ulike spørsmål om arbeidssøkers private forhold.¹²⁷ Hensynet arbeidssøkers rett til privatliv og personvern taler på denne bakgrunn for at arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om arbeidssøkers private forhold under intervjuet bør begrenses til et minimum.

¹²⁶ Spørsmålene kommer enkeltvis heller ikke i strid med begrensningen i aml § 13-4 (1).

¹²⁷ På grunn av vanskene med å dokumentere hvilke reelle formål arbeidsgiver har med de spørsmålene han stiller, blir det vanskelig i praksis å operere med arbeidsgivers formål som et skille mellom lovlig eller ulovlig innhenting av helseopplysninger etter aml § 9-3 (1). Lovlighetsvurderingen etter aml § 9-3 (1) kan i slike tilfeller bli en bevis- eller troverdighetsvurdering.

Hvilken *jobb* som skal besettes og hvilke *arbeidsoppgaver* som inngår i stillingen, kan også få betydning for hvilken adgang arbeidsgiver har til å stille spørsmål om private forhold ved arbeidssøker under intervjuet. Arbeidsgivers spørsmål om arbeidssøkers private forhold kan for eksempel ha relevans og være nødvendig i forhold ansettelse i en bedrift som arbeider med salg eller rådgivning innen helse, kosthold og livsstil. Av hensyn til bedriftens troverdighet er det ønskelig at de ansatte lever opp til de formål og prinsipper bedriften jobber etter. Det antas at arbeidsgiver på dette grunnlaget kan ha et saklig begrunnet behov for opplysninger om forhold som har med arbeidssøkers sunnhet og helse å gjøre, og derfor bør ha adgang til å spørre om helseopplysninger og andre private forhold som kan belyse dette. Dette kan være konkrete spørsmål som om søker har stabil vekt, om han trener og spiser sunt, om han har sunn tannhelse, restriktive alkoholvaner, eller synlige sykdommer. Motsatt vil eventuelle opplysninger om søkerens vekt, kostholds- og treningsvaner være lite relevant og heller ikke nødvendige (helse)opplysninger ved ansettelse til for eksempel stilling som saksbehandler. Eksemplet viser at det varierer fra stilling til stilling hvilke opplysninger om private forhold og hvilke helseopplysninger som anses relevante og nødvendige for å avklare om arbeidssøker vil kunne utføre de arbeidsoppgaver som er knyttet til stillingen, jf. aml § 9-3 (1).

Personvern hensyn, søkerens rett til privatliv etter EMK art. 8 og formålet i aml § 9-3 (1) om likebehandling og ikke-diskriminering av arbeidssøkere, taler for at det som et utgangspunkt bør være begrensninger i arbeidsgivers adgang til å etterspørre detaljerte opplysninger om arbeidssøker som ikke har med selve arbeidet eller søkerens yrkeskvalifikasjoner å gjøre. Opplysninger om arbeidssøkers private forhold vil i de fleste tilfeller verken være relevant eller nødvendig for å vurdere hans generelle egnethet, eller hvorvidt han helsemessig vil greie de arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen, jf. aml § 9-3 (1).

Lovforarbeidene har ved hjelp av noen få eksempler trukket opp en ramme som innebærer at arbeidsgiver kan bruke noen generelt utformede spørsmål dersom han skal innhente

helseopplysninger under ansettelsen.¹²⁸ Så lenge det ikke er gitt forskrift som mer konkret angir grensene for det nødvendige og tillatte etter aml § 9-3 (1), taler hensynet til arbeidssøkers personvern og personlige integritet for at arbeidsgiver bør være varsom med å skaffe seg helseopplysninger om arbeidssøker gjennom andre typer spørsmål som dreier seg om søkerens private liv og forhold.

3.3.4 Eventuell motstrid mellom arbeidsmiljøloven § 9-3 (1) og § 9-1 (1)

Et spørsmål er om det kan tenkes tilfeller hvor innhenting av helseopplysninger ved ansettelsen må anses saklig og forholdsmessig etter aml § 9-1 (1), men hvor de materielle vilkårene etter aml § 9-3 (1) ikke er oppfylt. I forarbeidene er det ikke trukket frem eksempler på slik motstrid, og forholdet mellom de to bestemmelsene er i det hele tatt lite berørt.

Det kan se ut til at grunnvilkårene i generalklausulen inneholder videre rammer enn nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1), og at vurderingen av hva som er nødvendig etter aml § 9-3 (1) er ment å være strengere enn vurderingen av saklighet og forholdsmessighet etter aml § 9-1 (1). Dette synet støttes for såvidt ved at lovgiver har opprettet en egen bestemmelse for innhenting av helseopplysninger ved ansettelser, selv om tiltaket som andre kontrolltiltak kunne vært uttømmende regulert ved aml § 9-1 (1).

Motsatt må man kunne konkludere med at dersom vilkårene for å innhente helseopplysninger om arbeidssøker er oppfylt etter aml § 9-3 (1), er tiltaket mest sannsynlig også saklig og forholdsmessig etter aml § 9-1 (1).

3.4 Sammendrag

Det rettslige utgangspunkt etter aml § 9-3 (1) er at arbeidsgiver har en begrenset adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker under ansettelsen. Bakgrunnen for regelen i

¹²⁸ Se NOU 2004:5 s. 441 og Ot.prp. nr. 49 s. 148.

aml § 9-3 (1) er i følge forarbeidene at søkerens helse ikke skal tillegges betydning ved ansettelser, fordi det kan medføre at grupper av arbeidstakere holdes utenfor arbeidslivet. Helseopplysninger kan innhentes på flere måter. I oppgaven er det lagt til grunn at helseopplysningene blir innhentet ved samtale eller intervju mellom arbeidsgiver og arbeidssøker. I enkelte tilfeller kan være vanskelig å vite hvor grensene går for hva som er innhenting og hva som er en helseopplysning. Dette må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

Arbeidsgiver har etter aml § 9-3 (1) adgang til å hente inn de helseopplysninger som er *nødvendige* for å avgjøre hvorvidt arbeidssøkeren vil klare å utføre de oppgaver som knytter seg til stillingen. Det er kun strengt saklige formål som berettiger behovet for helseopplysninger.

Generelle spørsmål som ikke retter seg konkret inn mot søkerens helseforhold, er som utgangspunkt tillatt. Lovligheten av arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger må i tilfeller av generelle spørsmål likevel vurderes i forhold til hvilken stilling og hvilke arbeidsoppgaver det er snakk om. Helseopplysninger om arbeidssøker som er relevante og nødvendige å hente inn ved ansettelse til en bestemt stilling, kan ha liten relevans og være unødvendige ved ansettelse til en annen stilling.

Det antas at arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger gjennom spørsmål som er direkte eller konkrete, er svært begrenset. Dette må som utgangspunkt også gjelde selv om arbeidsgiver har et saklig formål med å innhente konkrete helseopplysninger. Det er nødvendighetsvilkåret i aml § 9-3 (1) som setter grensene for hvor konkrete opplysninger om helse arbeidsgiver kan etterspørre under intervjuet. Nødvendighetsvilkåret skal tolkes strengt. På grunn av vanskene med å dokumentere hvilket formål arbeidsgiver har med de spørsmål han stiller, er det problematisk å operere med arbeidsgivers formål som et skille mellom lovlig og ulovlig innhenting av helseopplysninger etter aml § 9-3 (1).

Det legges til grunn at dersom arbeidsgiver under intervjuet mottar helseopplysninger som går utover det han etterspør, må dette være arbeidssøkers eget ansvar.

Kontrolltiltaket må i tillegg til å være nødvendig etter aml § 9-3 (1), også være saklig og forholdsmessig etter aml § 9-1 (1). Dersom arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger oppfyller nødvendighetsvilkåret etter aml § 9-3 (1), er tiltaket mest sannsynlig også saklig og forholdsmessig etter aml § 9-1 (1).

4 Kontrollmuligheter

Som nevnt innledningsvis blir det foretatt intervjuer og ansettelse i et betydelig antall hver dag. Etter aml § 19-1 kan arbeidsgiver, innehaver av virksomheten eller den som i arbeidsgivers navn leder denne, straffes med bøter og/eller fengsel i inntil tre måneder dersom han forsettelig eller uaktsomt bryter bestemmelser i eller med hjemmel i arbeidsmiljøloven. Det er imidlertid ingen rapporteringsplikt i forbindelse med innhenting av helseopplysninger under ansettelsesprosessen og således ikke noe ettersyn med at regelen i aml § 9-3 (1) blir overholdt.¹²⁹ Oppdagelsesrisikoen for brudd på aml § 9-3 (1) er svært liten. Straffebestemmelsen er derfor neppe særlig praktisk i forhold til aml § 9-3 (1). I utgangspunktet har man ikke sikkerhet for at aml § 9-3 (1) blir fulgt i praksis. Jeg skal kort se nærmere på to statlige tilsynsorganer og hvorvidt disse har mulighet til å fange opp brudd på bestemmelsen.

Datatilsynets hovedoppgave er å føre tilsyn med at reglene i personopplysningsloven om bruk og oppbevaring av personopplysninger blir oppfylt. I tillegg er det Datatilsynet som

¹²⁹ NOU 2001:4 s. 108. Breisteinutvalget foreslo å lovfeste årlig rapporteringsplikt til Arbeidstilsynet på bruk av helseundersøkelser. NOU 2004:5 s. 443. Arbeidslivslovutvalget mente det bør foreligge dokumentasjon generelt på alle de kontrolltiltak som iverksettes i virksomheten, og at dette allerede følger direkte av HMS-forskriftens dokumentasjonskrav. Det skulle således ikke være nødvendig å særlig lovfeste dette.

behandler søknader om konsesjon etter popplyl § 33. Det er vanlig at det i virksomhetens ansettelsesprosess blir samlet inn personopplysninger om søkerne. Innhenting av personopplysninger gjennom intervju etter faller utenfor personopplysningslovens saklige område.¹³⁰ Det er således ikke Datatilsynets ansvar å kontrollere om personopplysningene er innhentet i samsvar med aml § 9-3 (1). Tilsynet skal i relasjon til aml § 9-3 (1) først og fremst sikre at de helseopplysninger som fremkommer under ansettelseprosessen blir betryggende behandlet og oppbevart etter at de er hentet inn.

Arbeidstilsynet har etter aml § 18-1 som hovedoppgave å føre tilsyn med at reglene i arbeidsmiljøloven blir fulgt. Tilsynet kan skje gjennom besøk og kontroll på arbeidsplasser jf. aml § 18-4 og § 18-5. Arbeidstilsynet kan etter aml § 18-6 gi pålegg og treffe vedtak som virksomheten må følge for å oppfylle sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven. Arbeidstilsynet har jf. aml § 18-6 (1) imidlertid ikke påleggskompetanse etter kapittel 9. Dette innebærer blant annet at tilsynet ikke har myndighet til å gi skriftlig pålegg eller treffe vedtak som krever at arbeidsgiver oppfyller vilkårene i aml § 9-3 (1). Det har liten hensikt at Arbeidstilsynet gjennomgår virksomhetens dokumenter i en tidligere ansettelsessak når tilsynet ikke har myndighet til å instruere arbeidsgiver om å rette opp eventuelle feil. Det er heller ikke alltid dokumentert hvilke forhold som reelt er vektlagt i valget mellom arbeidssøkere, eller på hvilken måte helseopplysningene er innhentet.

¹³⁰ Om forholdet til reglene i personopplysningsloven i punkt 2.1.2.

5 Avslutning

Formålet bak bestemmelsen i aml § 9-3 (1) å hindre at personer på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet. Bestemmelsen bærer således preg av et politiske mål om et inkluderende og ikke-diskriminerende arbeidsliv.¹³¹ På denne måten signaliserer aml § 9-3 (1) en rettsoptimisme, og en positiv tro på lovgivning som styringsmiddel i samfunnet.

Ingen offentlige tilsynsorganer har kontrollmyndighet eller tilsynsansvar etter aml § 9-3 (1). Det vil dermed være vanskelig å vite sikkert om bestemmelsen blir overholdt i det praktiske liv. Bestemmelsen i aml § 9-3 (1) er likevel en tydeliggjøring overfor partene i arbeidslivet om rettigheter, plikter og begrensninger vedrørende utveksling av helseopplysninger i en ansettelsesprosess.

Bestemmelsen kan således ha sin funksjon ved at den blir normgivende og veiledende for partene. Kodifisering av gjeldende rett i arbeidsmiljølovens kapittel 9 kan dessuten innebære en generelt større bevissthet rundt kontrolltiltak i arbeidslivet, noe som i seg selv kan bety en styrking av arbeidsøkerens rettsvern.¹³²

Arbeidssøker har ingen plikt til å svare på spørsmål som kan berøre hans helseforhold. Et manglende eller utydelig svar kan imidlertid gå utover hans muligheter til å bli ansatt.¹³³

¹³¹ Andre bestemmelser som kan bære preg av å være politiske målsettinger er for eksempel Grl. § 110 om retten til arbeid, Grl. § 110 b) om retten til rent og bærekraftig miljø og natur, aml § 1-1 bokstav e) om å bidra til et inkluderende arbeidsliv, eller opplæringslova § 1-2 om formål med opplæringen i grunnskoler og i videregående skoler.

¹³² NOU 2004:5 s. 431.

¹³³ Arbeidssøker har ingen opplysningsplikt overfor arbeidsgiver i ansettelsesprosessen. Breisteinutvalget imidlertid la til grunn at søkerens opplysningsnekt kunne vektlegges på lik linje med andre kvalifikasjoner ved søkeren, og således få betydning for muligheten til ansettelse.

Det er på denne bakgrunn vanskelig å komme utenom en situasjon hvor arbeidssøker i håp om å bli ansatt, føler seg tvunget til å gi fra seg helseopplysninger som strengt tatt ikke er nødvendige for å vurdere om han vil klare oppgavene som knytter seg til stillingen, jf. aml § 9-3 (1).¹³⁴

I forhold til arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger ved ansettelser, avdekket Breisteinutvalget delvis manglende samsvar mellom gjeldende rett og praksis i arbeidslivet.¹³⁵ Datatilsynet sa i sin høringsuttalelse til den nye arbeidsmiljøloven, at det i forhold til lovens kapittel om kontrolltiltak var behov for mer konkrete regler, og at en slik konkretisering hørte hjemme i forskrift til personopplysningsloven.

Det er i aml § 9-3 (2) åpnet opp for at departementet kan gi nærmere bestemmelser om hvilke opplysninger som kan innhentes i medhold av aml § 9-3 (1). Både hensynet til arbeidsgivers praktiske håndtering av innhentingsspørsmålet, og hensynet til søkerens personvern, taler for at det er ønskelig med en ytterligere klargjøring av hvor grensen går for hva som er nødvendig etter aml § 9-3 (1).

¹³⁴ Samtykke som hjemmelsgrunnlag for kontrolltiltak i punkt 2.1.1, om overskuddsinformasjon i punkt 3.3.1.

¹³⁵ NOU 2001:4 s. 14 og 103 og NOU 2004:5 s. 425 og 438.

Litteraturliste/registre

Lover

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4

Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr. 31

Forarbeider

NOU 2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet (Breisteinutvalget)

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget (Arbeidslivslovutvalget)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Underutvalgets rapport : ”Kontroll og overvåkning i arbeidslivet”, avlevert til

Arbeidslivslovutvalget 20.juni 2002 (Underutvalgets rapport)

NOU 1997:19 ”Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger”

Rettspraksis

Rt. 2000 s.1602 (Nøkkdommen)

Rt. 2001 s.418 (Kårstødommen)

Rt. 1952 s.1217 (ulovfestet vern av personligheten)

Rt. 2001 s. 668 (videoovervåkning)

Rt. 2002 s. 1500 (kontroll av e-post)

Rt. 1988 s. 766 (oppsigelse av gravid arbeidstaker)

Rt. 1988 s. 959 (Hiv-dommen)

LG 2002 s. 2397 (personregister)

ARD 1951-2001 (veskekontroll)

Annet

Personvernemda klagesak 2005:6 (Securitas, testing for rusmisbruk)

Internasjonal rettspraksis

EF-domstolen C-109/2000 (Tele-Danmark)

Konvensjoner

Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), EMK art. 8

FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), SP art. 17

Litteratur

Andenæs, Johs. *Innføring i rettsstudiet*. 5.utgave. Cappelen Akademiske Forlag. Oslo 1998

Boe, Erik. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære* TanoAschehoug. Oslo 1996

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3.utgave. N.W.Damm & Søn 2004

Jakhelln, Henning og Aune, Helga. *Arbeidsrett.no*. N.W.Damm & Søn. Oslo 2005

Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 12 utg. Bergen 2003

Johansen, Michal Wiik. *Personopplysningsloven Kommentarutgave*. Michal Wiik

Johansen, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng. Universitetsforlaget. Oslo 2001

Gjone, Tor og Aagaard, Erik C. *Bedriftens personalhåndbok*. 6 utg. Oslo 2002

Opsahl, Torkel. *Internasjonale menneskerettigheter. En innføring*. 2 utg. Oslo 1996

Artikler, oppgaver mm.

Engenes, Fredrik. *En rettslig vurdering av arbeidsgiver s adgang til å iverksette prestasjonskontroll av ansattes GPS*.

Leira, Håkon Lasse. *Hva må du svare på om egen helse? Om ansettelsesintervju og helseopplysninger*. Arbeidsmiljø nr. 5 (1996)

Elektroniske dokumenter

<http://www.folket.no/cgi-bin/ukeavisen/imaker?id=155507>

(WHO om ansettelse av røykere)

http://odin.dep.no/hod/norsk/dok/andre_dok/nou/030001-020006/hov002-bn.html

(Departementet om hva som er ”innhenting av helseopplysninger”)

http://www.datatilsynet.no/templates/article_407.aspx#6

(Datatilsynet om hva arbeidsgiver kan kreve av helseopplysninger)

